

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIX
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXXVI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUNEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ: <i>Las pertenencias en Derecho privado español</i>	3
JUAN CADARSO PALAU: <i>Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil</i>	55

Estudios de Derecho extranjero

LUIS MOISSET DE ESPANES: <i>La lesión en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino y en algunas legislaciones modernas</i>	85
--	----

Bibliografía

Libros 157

MANUEL ALBALADEJO: *Derecho civil. III. Derecho de bienes*, por R.—FRANCESCO GAZZONI: *L'Atribuzione patrimoniale mediante conferma*, por Luis Humberto Clavería Gosálbez.—ANTONIO HERNANDEZ-GIL: *El abogado y el razonamiento jurídico*, por Eduardo Vázquez Bote.—GIOVANNI IUDICA: *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, por Luis Humberto Clavería Gosálbez.—JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA: *Legislación notarial*, por R.—FRANCISCO LUCAS FERNANDEZ: *Inversiones extranjeras en España*, por Francisco Rico Pérez.—PASCUAL MARIN PEREZ: *Introducción a la ciencia del Derecho*, por R.—*Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles*, por R.—PERSONA Y DERECHO: *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas*, por R.—TERESA PUENTE MUÑOZ: *El contrato de concesión mercantil*, por Francisco Rico Pérez.

Revista de revistas

A cargo de José Ramón Antón Riesco 174

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz 184

Jurisprudencia

I Sentencias Comentadas

El pacto de elevación de la renta en un local de negocio según el valor adquisitivo de la peseta, por José Bonet Correa 225

II Sentencias Anotadas

1. *Constitución del derecho de servidumbre por signo aparente al realizarse la división material de una finca*, por José Bonet Correa 233

2. *Cláusula de elevación de renta de un local de negocio ante el beneficio de la prórroga forzosa*, por José Bonet Correa 235

III Sentencias 238

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 —1956.

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 XXIX
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXXVI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS.

Las pertenencias en Derecho privado español

LUIS HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

Doctor en Derecho, profesor adjunto interino de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Historia*: A) La cuestión en el Derecho romano. B) Las "Zubehör" del Derecho germánico. C) Las pertenencias en los Derechos de la Edad Media. La regulación de las Partidas.—III. *Las pertenencias en la codificación*: A) Los "inmuebles por destino" y los "accesorios" en el "Code Napoléon" y en el Código civil italiano de 1865. Doctrinas al respecto. B) El tratamiento de la figura en el B. G. B. C) Las "pertinenze" del Código civil italiano de 1942. Posiciones doctrinales al respecto. D) El Código civil portugués de 1966.—IV. *El concepto de pertenencias en el Derecho comparado*: Efectos y requisitos como notas definidoras de la categoría.—V. *Existencia de la figura en Derecho privado español*: A) Examen del artículo 334 del Código civil y de otros preceptos de Derecho foral, del Código de comercio y de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Penda sin Desplazamiento. B) Examen del artículo 111 de la Ley Hipotecaria. C) Otros textos de Derecho positivo. D) Los artículos 1.097 y 883 del Código civil: "Pertenencias" y "accesorios".—VI. *Los requisitos de la cualidad de pertenencia en nuestro Derecho*: A) La destinación: a) ¿Hecho jurídico, acto jurídico "stricto sensu" o negocio jurídico? b) Concepciones "objetivista" y "subjetivista" del fenómeno pertenencial. c) Legitimación para la destinación. d) Concepto de destinación. Superación de la oposición "subjetivismo-objetivismo" y de la escisión entre destinación y relación de servicio; la destinación como "conducta permanente". B) La relación de servicio: a) La relación de servicio como "posibilidad objetiva" de que pueda operar la destinación. b) Su descripción. La naturaleza del servicio: utilidad, adorno, protección. c) Relación de servicio y unión física; criterios diferenciadores entre "pertenencia" y "pars rei": teorías de la "coniunctio", de la "perfectio" y otras. d) El problema de la exclusividad. e) El problema de la reconocibilidad. f) Naturaleza de los bienes que integran la relación pertenencial: las restricciones nacidas de la concepción de las pertenencias como "inmuebles por destino". Cosa principal mueble, pertenencia inmueble y cosa principal o pertenencia incorpóreas. C) La permanencia o estabilidad.—VII. *Otras cuestiones*: A) Las pertenencias en Derecho procesal español. B) Los llamados "accesorios necesarios".—VIII. *Posibles conflictos de intereses*: A) Oponibilidad de los derechos de un tercero sobre la cosa acceso-

ria a las personas que adquieran derechos sobre la principal. Su compatibilización con las normas de los artículos 1.097 y 1.157 del Código civil. B) Titularidad, por parte de un tercero, de derechos sobre la cosa accesoria y facultades sobre ésta del adquirente de la unidad pertenencial: naturaleza del derecho adquirido sobre la pertenencia por el adquirente de un derecho real limitado —o de un derecho de arrendamiento— sobre la “res principalis”; el problema de la sustituibilidad de la pertenencia. Posibles conflictos al respecto.—IX) *Unidad pertenencial y empresa o explotación.*—X) *Conclusiones finales.*

INTRODUCCION

Nos proponemos en estas páginas solamente plantear el problema de la admisibilidad, dentro de nuestro Ordenamiento, de una figura generalmente acogida por nuestra doctrina; tal admisibilidad es, al menos, cuestionable cuando se repara en que toda construcción científica en el terreno del Derecho debe responder a una realidad en las normas y, sobre todo, en la Jurisprudencia. Nos referimos a las llamadas «pertenencias» (1).

A determinados supuestos de hecho, usualmente configurados por requisitos, las normas confieren determinados efectos; cuando a supuestos y requisitos análogos entre sí, por tener alguna característica o algún elemento común, siguen efectos también análogos entre sí, podemos hablar de «categoría jurídica». Pretendemos indagar la existencia y virtualidad de la categoría denominada «pertenencias» en Derecho español y el modo de hacerlo es, a nuestro juicio, prestar atención a los caracteres o elementos comunes que podemos hallar en las normas, pertenecientes a nuestro Ordenamiento jurídico, que hacen referencia principalmente a las cosas accesorias y a los inmuebles por destino, figuras que, en una primera intuición, aluden al problema en cuestión; claro está que para saber si nuestras normas y nuestras sentencias acogen el fenómeno pertenencial, debemos saber ante todo en qué consiste éste: ello requeriría un concepto decantado de tal figura, pero ni los Ordenamientos ni los autores extranjeros están de acuerdo sobre los requisitos, caracteres y efectos de ella.

Como se trata de un breve estudio de revisión, el método debe consistir en partir de un concepto «genérico», «mínimo», de la figura tal como está elaborado por la doctrina europea dominante —incluida la española— investigando seguidamente si nuestro Derecho positivo

(1) Sobre el tema la literatura jurídica española es mucho más escasa que la extranjera. Véase, con referencia al Derecho español, BALLARÍN MARCIAL, A.: “Partes, pertenencias y accesorios”. *Temis*, núm. 2, Zaragoza, 1957, páginas 149 ss. Este trabajo, resumen de la Tesis Doctoral de su autor, tiene como campo de investigación las “consecuencias o trascendencia jurídica de las conexiones funcionales existentes entre las cosas... (de) aquellas relaciones entre cosas que son consecuencia de estar destinadas por un sujeto... a un fin determinado”... (pág. 149).

vigente lo admite y recoge: para llegar a una conclusión válida en este sentido debemos comparar las notas comunes que hallaremos en las diversas normas que regulan principalmente los tipos de bienes inmuebles y los accesorios, con las notas que, según la doctrina dominante, integran ese concepto «mínimo» de pertenencias. Seguidamente abordamos algunos problemas que la cuestión suscita a los autores, preferentemente extranjeros, que han profundizado en el tema, intentando ofrecer algunas vías de solución coherentes con nuestro sistema y con la postura que previamente hayamos adoptado.

En resumen, debemos hacernos las preguntas siguientes: Primera: En las normas de nuestro Ordenamiento jurídico que regulan los bienes inmuebles «por destino», los accesorios, el cumplimiento íntegro de las obligaciones, etc. ¿Encontramos elementos comunes, en requisitos y efectos, lo suficientemente considerables para que podamos construir una figura jurídica unitaria? Segunda: Si es así, ¿son estos elementos los mismos que la doctrina dominante en Europa considera componentes del concepto de «pertenencia»?

HISTORIA

«Las pertenencias», como categoría jurídica, son un producto doctrinal inducido de soluciones casuísticas correspondientes a sistemas jurídicos antiguos. Según la jurisprudencia romana, las cosas susceptibles de ser objetos de derechos podían estar compuestas por otras más simples que, completándose recíprocamente y en plano de igualdad funcional, daban lugar a la existencia de las primeras; y también podían ser completadas con otras «res» accesorias que servían para su perfeccionamiento, utilidad o adorno. Las primeras recibieron el nombre de «partes rei» y las segundas —no cada una, sino todas en bloque—, el de «instrumentum», en cuanto que eran el medio a través del cual se «utilizaba la cosa principal, se daba virtualidad a su tenencia» (2). Los negocios jurídicos que tenían por objeto una deter-

(2) Las fuentes regulan con una cierta minuciosidad —más casuística que sistemáticamente, como suele suceder en Derecho romano— el fenómeno en cuestión; así, ULPIANO (Dig. 33, 7, 12 principio) afirma que “instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio”. El núm. 12 del título 7.º del libro 33 del Digesto contempla numerosos supuestos en los cuales determinadas cosas son consideradas dentro del “instrumentum” y otras no. Según BOLLA (“Il fondo nei suoi aspetti giuridici”. Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario italiano, Firenze, 1935; también en “Scritti di diritto agrario”, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 281 ss.), tres clases de medios técnicos forman el “instrumentum fundi”, dispuestos unos “fructus quaerendi gratia”; otros, “fructus cogendi gratia”; y otros, “conservandi gratia” (pág. 293, en nota). Según el mismo autor. “Las luentes atribuyen el concepto de “portio” o “pars fundi” a los elementos que tienen un destino esencial, es decir, los que son necesarios para la “perfectio” del fundo... (op. cit., pág. 294). Véase, entre otras, la importante obra de RASI, P.: “Le pertinenze e le cose accessorie”, Cedam, Padova, 1955, trabajo de seria elaboración, en el que expone el autor, desde una perspectiva muy personal,

minada «res» comprendían ésta en todas sus «partes» (unidas o no físicamente) aunque nada se mencionase en el negocio en cuestión. Pero, según la doctrina romanística dominante, los negocios de los que hablamos no comprendían, en principio, las cosas accesorias de la «res» objeto de ellos: para que, por ejemplo, la venta de un fundo comprendiese sus accesorios (aperos, esclavos, semillas, etc.), era necesario mencionarlos en el acto de la «venditio» mediante una cláusula como éstas: «Cum instrumento», «fundus ita ut instructus est», etc. (3) (4). Parece ser que en etapas más avanzadas de la evolución jurídica romana tales cláusulas se convirtieron en usos interpretativos e incluso sin hallarse contenidas en el convenio se aplicaban, sobre todo en las enajenaciones de fincas rústicas (5). Lo que sí es seguro es que en la cesión del uso y

la historia de nuestro tema, aludiéndose muy detenidamente al tratamiento que el Ordenamiento romano le da.

(3) Por ello, muchos autores—con los que nos manifestamos en completo acuerdo— consideran que la categoría de las pertenencias no es romana, sino germánica. En las “*Note al diritto civile italiano*”, de FADDA y BENZA —continuadas por BONFANTE y MAROI— al “*diritto delle Pandette*”, de WINDSCHEID (vol. V, hote al lib. III, Torino, 1926), se afirma que el concepto de pertenencia es de origen germánico y que se ha pretendido revestirlo de forma romana (pág. 238); que no corresponde ni al concepto de “pars” ni al de “instrumentum” ni al de “ornamentum” (pág. 239). Las cosas accesorias que no son “partes” no siguen el régimen de la “res principalis”, siendo necesaria mención expresa o declaración tácita (no presunta) de voluntad, para que suceda lo contrario (pág. 239).

(4) En cuanto a las expresiones “fundus instructus” y “fundus cum instrumento”, parece que no son equivalentes: “Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita, ut instructus sit, quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatus esset. Et Sabinus libris ad Vitelium scribit, fatendum esse, plus esse, quum instructus fundus legetur, quam si cum instrumento; quam sententiam quotidie increscere et inualescere videmus. Quanto igitur hoc legatum uberius est, videndum est; et Sabinus definit, et Cassius apud Vitelium notat: omnia, quae eo collocata sunt, ut instructor esset paterfamilias, instructo, inquit, continebuntur, id est, quae ibi habuit, ut instructor esset. Hoc ergo legato non agri instrumentum, sed proprium suum instrumentum reliquisse videtur” (dig. XXXIII, VII, 12, 27). El texto es de una claridad tal que no merece aclaración alguna. Si bien es cierto que el “fundus instructus” excede, con mucho, de lo que luego se llamará “unidad pertenencial”—siendo más parecido a ella el denominado “fundus cum instrumento”—, es patente que tampoco éste constituye “unidad pertenencial” en sentido moderno, por los motivos citados en la nota anterior.

(5) Con el paso del tiempo sucede también que el fundo, unido a sus elementos accesorios, viene a hacerse objeto unitario de relaciones jurídicas: «Con el progreso técnico el “fundus” y las “partes fundi”, por un lado, y el “instrumentum”, por otro, constituirán dos distintos complejos, hasta que, incrementada la función instrumental de la “dos fundi”, el todo en su integridad se convertirá en objeto de derecho. El presupuesto que cualifica estos complejos es la “destinación” a un fin. Criterio puramente relativo determinado por la relación económica y, por ello, no arbitrario” (BOLLA, G., op. cit., pág. 293). Tal vez este avance técnico sea el factor preferentemente determinante del uso interpretativo al que aludimos en el texto. Lo destacable es que en un determinado momento histórico, partes y accesorios forman un conjunto de cosas que constituyen objeto unitario de relaciones jurídicas y que reciben el anfibológico nombre de “dos”. Debemos advertir, no obstante, que la diversidad de opiniones doctrinales al respecto es enorme.

disfrute de fundos no era precisa la mención del «instrumentum» para que éste se hallase comprendido en la «res principalis»: ello es explicable, al menos como presunción de la voluntad de las partes: si se cede el «usus fructus» de un inmueble rústico, es lógico que se ceda, junto a éste, el complejo de cosas que sirven para su explotación correcta (6). En la época imperial, algunas «Constitutiones» (de Constantino, Valentiniano y Valente), prohibiendo la ejecución separada del «instrumentum fundi», dieron carta de naturaleza a una posible vinculación objetiva (no ya puramente convencional presunta) entre el fundo y sus accesorios (7).

Al parecer, el «vínculo pertenencial» adquiere una consistencia objetiva en Derecho germánico: yendo al fondo de la cuestión, podríamos decir que la pertenencia en la mentalidad de los pueblos germánicos («Zubehör») es, en cierto modo, una «parte de cosa», es decir, algo que forma con la cosa principal un único objeto de derechos, en cuanto que es el medio para adquirir una efectiva «Gewere» sobre ella: que la «Zubehör» experimente las mismas vicisitudes que la cosa a la que se vincula es indudable.

En la Edad Media nuestra figura queda, pues, definida dogmáticamente (8), aun cuando las diferencias de matiz producen pronto un confusiónismo que se hace gigantesco al llegar la Recepción por razones obvias. Especial atención merece la regulación que las Partidas dan al fenómeno que nos ocupa. Las pertenencias (9), al parecer, acompañan a la cosa legada aunque nada exprese el testador al respecto (10).

(6) "... si forte fundi usus fructus sit legatus... ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum vel domus contineri" (ULPIANO, Dig. 7, 1, 15, 6). Con respecto al arrendamiento, el mismo ULPIANO (Dig. 19, 2, 19, 2) se expresa así: "Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque se non praestet, ex locato tenetur." "... Haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit." Véase también "Note al diritto delle Pandette...", de WINDSCHEID, pág. 244.

(7) En opinión de RASI (op. cit., pág. 306), estas "Constitutiones" de los últimos emperadores crean la categoría tal como la describen luego los juristas medievales, ya que contemplan un vínculo objetivo entre "fundus" e "instrumentum" antes inexistente.

(8) BOLLA (op. cit., pág. 298) afirma: "En el medioevo, en efecto, al concepto romanístico de «organización de cosas» sucederá el de «organización de pertenencias»." Más adelante el prestigioso agrarista italiano dice que la destinación puede deberse a la voluntad del propietario, puede ser consuetudinaria, o bien puede ser "imposta da esigenze obbiettive della produzione" (proporcionalidad, ciclo productivo, etc.) (pág. 306).

(9) Esta palabra es usada por el legislador castellano en la Partida III, tít. II, ley XXVI, "in fine", al establecer que, para que tales cosas accesorias se entiendan comprendidas en la demanda en la que se pide la entrega de una determinada cosa principal —Villa, Castillo o Aldea—, es preciso referirse a ellas en la citada demanda, si bien no es necesario mencionarlas una por una. La influencia romana parece clara en este texto.

(10) La ley XXXVII del tít. IX de la Partida VI se halla redactada en términos muy amplios, pero no nos parece irreflexivo extraer de ella tal conclusión, a pesar de que, tras la norma general, se citan casos de "partes de cosa" a título de ejemplos; la norma general, al principio de la ley XXXVII, dice: "Entregar deue el ereder, a quel a quien fue fecha la manda. de la

Este mismo efecto de seguir a la cosa principal sin necesidad de mención es innegable en caso de venta; a propósito de ello el texto legal señala qué condiciones debe reunir una cosa para ser pertenencia de otra: se precisa una situación ostensible, una relación de servicio «señalado» y concreto a la cosa principal o bien el «ayuntamiento» con ella. No basta la mera intención del propietario vendedor al respecto. De los textos, sin embargo, no se extrae un criterio de diferenciación claro entre pertenencias y partes integrantes que no sean esenciales (11).

cosa que el testador le mando, con todo lo al, que le pertenesciesse aquella cosa mandada.” Tal interpretación nuestra nos parece aún más legítima al reparar en lo establecido por este cuerpo legal a propósito de la venta.

(11) Partida V, tít. V, Leyes XXVIII a XXXI. Dice la Ley XXVIII: “... e aquel que fizo la vendita, deue al otro entregar en aquella cosa quel vendio, con todas las cosas que pertenezcan a ella, o le son ayuntadas. Onde dezimos, que si vn ome vende a otro alguna casa, que non se entiende que le vende la casa tan solamente; mas aun los pozos, e las canales, e los caños, e los aguaduchos, e todas las otras cosas, que solian ser acostumbradas para seruiuo de aquella casa, quien sean dentro en ella, o de fuera. Otrósí dezimos, que los ladrillos, e los cantos, e la teja, e la madera, que estuuiessen mouidos, o puestos en la casa vendida, si fueren de aquella casa misma, non los puede lleuar el vendedor. Mas si el vendedor ouiesse comprado cal, o ladrillos, o teja, o madera, o otra cosa semejante, o lo ouiesse tomado emprestado, o gelo ouiesssen dado; maguer lo ouiesse y aducho, con entencion de lo meter en laour de aquélla casa, con todo esso, lleuarlo puede el vendedor, aquello que assí ouiesse aducho, e que non ouiere metido en la laour”. Obsérvense las expresiones encaminadas a destacar la necesidad de vínculo de subordinación: “cosas que pertenezcan a ella”, “si fueren de aquella casa misma”; no basta la intención del propietario, sino que es necesario que tal intención haya sido “realizada” mediante el acto de dejar los objetos de que se habla “mouidos o puestos en la casa vendida”. En este sentido, la Ley XXXI dice: “... non se entiende que entran en la compra; fueras ende, si fuesse dicho que entrasse en la vendita, o si estas cosas atales fuessen señaladamente puestas, para coger, e aliñar el fruto de aquella casa, o eredamiento, que se vendio”. Insiste en el vínculo objetivo de dependencia la Ley XXIX: “Ca entiendese que estas cosas atales pertenescen a la casa, e porende deuen ser del comprador”. Esta misma ley excluye de la categoría “todas las otras cosas que son muebles, e non son ayuntadas, a la casa, nin le pertenescen”: armarios, tinajas, etc. También quedan excluidos del régimen en cuestión las aves y los animales de labor (Ley XXX). Nos manifestamos en contra de la afirmación que BALLARIN (op. cit., pág. 153) hace sobre la regulación que adoptan las Partidas en materia de pertenencias y partes integrantes. En los textos examinados hallamos ejemplos de cosas que, sin estar físicamente unidas a otra, o contribuir a su “perfectio”, siguen a ella en los actos de los que sea objeto, aunque nada se estipule al respecto; así, “todas las cosas que pertenezcan a ella”, “que solian ser acostumbradas para seruiuo de aquella casa (Ley XXVIII) y, sobre todo, “estas cosas atales (que) fuessen señaladamente puestas, para coger, e aliñar el fruto de aquella casa, o eredamiento, que se vendio” y que consistían en xaharices, molinos, tinajas (ley XXXI, no XXX, como dice BALLARIN en pág. 153); estas cosas, excluidas, como regla general, del efecto del que hablamos (Ley XXXI, principio), siguen, sin embargo, el destino de la cosa principal (olivar, campo, viña o huerta) si así se establece en la carta de la venta o si fueron “señaladamente puestas” para coger y aliñar los frutos de la finca. Ante estas disposiciones sólo hay dos caminos: o bien afirmamos que tales cosas son “partes rei”, aunque algunas de ellas no estén unidas físicamente a la cosa principal ni contribuyan a su “perfectio” —cosa que negaría el mismo BALLARIN (véase op. cit., pág. 152) y que negaríamos nos-

Se prohíben la prenda separada de accesorios del fundo (12) y el legado por separado de cosas accesorias (13), si bien ambas disposiciones no tienen un alcance demasiado claro a nuestro juicio.

LAS PERTENENCIAS EN LA CODIFICACION

Pasada la compleja etapa del «ius commune», así como las confusas fases posteriores que repiten alternativamente las soluciones romana y germánica sobre la cuestión, la codificación napoleónica reacciona de un modo muy particular ante el fenómeno de los accesorios: además de establecer que sigan el destino de la cosa principal en los actos jurídicos de los cuales ésta sea objeto (vg.: arts. 1.018, 1.615, etc.) (14), convierte, mediante una ficción, en inmuebles determinados bienes muebles por naturaleza a causa de la relación de servicio o de la unión física que los liga a un inmueble principal (art. 524 del Código civil francés) (15). Parece latir en la norma en cuestión la consideración

otros por diferente motivo—, o bien afirmamos que el efecto de acompañar a la cosa principal en los actos que versen sobre ella no es exclusivo de las “partes rei”. Creemos que esta última postura es la correcta. La Ley XXXI, a la que se refiere BALLARIN no prohíbe, pues, el “paso automático de las pertenencias”, como este prestigioso jurista pretende, sino que, por el contrario, delimita el concepto de éstas.

(12) Part. V, tít. XIII, Ley IV.

(13) Part. VI, tít. IX, Ley XIII: “Otrosi dezimos, que... ninguna de las otras cosas, que son puestas, e ayuntadas a las casas, e a los otros edificios, non pueden ser mandadas en testamento a otri.”

(14) El art. 1.018 del Código civil francés habla de “accesorios necesarios”: “La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur”. El art. 1.615 es más amplio y, por otra parte, usa una expresión —“usage perpétuel”— que recuerda a la “perpetuelle demeure” del art. 524 de la que pronto hablaremos. Dice el art. 1.615: “L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel”.

(15) “Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination” —establece el párrafo 1.º de este artículo—; tras una larga enumeración —no exhaustiva, por supuesto— de cosas que el legislador francés reputa subsumibles en tal categoría, termina diciendo el art. 524: “Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure.” Es decir, hay dos modos de destinación: prestar un servicio a la cosa inmueble por naturaleza y unirse a ella de manera permanente; en las “Leçons de Droit civil”, de MAZEAUD (tomo 1.º, vol. 1.º, obra de JUGLART) (4.ª ed., Montchrestien, París, 1967, págs. 222 y 223) vemos una síntesis excelente del régimen jurídico de los inmuebles por destino en Derecho francés: según el autor mencionado, el legislador ha querido conferir el mismo régimen a los inmuebles por destino que a los inmuebles por naturaleza, porque constituyen “une même entité économique”; tras hablar de los requisitos de los inmuebles por destino, afirma que los redactores del “Code” distinguen “deux séries d'espèces dans lesquelles existe un lien de destination: les meubles destinés à l'exploitation du fonds, et les meubles attachés à perpétuelle demeure”. Añade luego que la Jurisprudencia exige que el mueble sea indispensable para la explotación, con respecto al primer tipo de vínculo; con respecto al segundo, habla de la necesidad de un “attache visible” —in-

de que tales accesorios son funcionalmente «partes» del bien raíz al que sirven o al cual están unidos (16).

Esta categoría que podríamos denominar «inmuebles por destino» pasa a otros códigos: por ejemplo, al italiano de 1865; hoy no vigente (arts. 413 y 414) y al nuestro (art. 334). Algunos autores estiman que «inmuebles por destino» y «pertenencias» son términos sinónimos; otros, conscientes de que tal equiparación implicaría limitar inconvenientemente el fenómeno pertenencial a la relación «mueble-inmueble», consideran que la «inmovilización» del artículo 524 del Código francés y del 414 del italiano es sólo un medio técnico para producir el efecto de la extensión a los accesorios de las vicisitudes jurídicas acaecidas a la cosa principal, sin necesidad de mención expresa; esta corriente doctrinal propone que tanto la «pars rei» como la pertenencia están vinculadas a la «res principalis» de modo estable y objetivo pero difieren en que la primera actúa su ligamen económico mediante unión física con la cosa principal y la segunda sin tal unión (17). Algunos autores ex-

cluso si el mueble sirve sólo al uso personal del propietario, cosa inconcebible en el primer tipo de vínculo—, para crear la apariencia ante terceros; por último, distingue entre “immeuble par nature” e “immeuble attaché à perpétuelle demeure”, manifestando que nos hallamos en el primer caso sólo si el mueble, al unirse físicamente al inmueble por naturaleza, pierde su individualidad; si la conserva, el mueble es “immeuble par destination attaché à perpétuelle demeure”. Véanse también págs. 227 a 231. Consultense asimismo los arts. 517, 522 y 525 del citado Código civil francés. El art. 2.118, al referirse a las cosas hipotecables, alude a tales “inmuebles por destino” al hablar de “Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles”. Véase también, a propósito de las donaciones, el art. 1.064 del mismo cuerpo legal: “Bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres”. A la vista del citado art. 524, los autores reaccionan de modo variado: la mayoría cree que se trata de una ficción; véase, en tal sentido, el “Traité pratique de Droit civil français”, de PLANIOL y RIPERT, t. III, 2.^a ed., París, 1952 —obra de PICARD—, en págs. 78 y 79; véase asimismo ANDREOLI (“Le pertinenze”, Cedam, Padova, 1936), para quien la distinción entre muebles e inmuebles es “naturalística” y, por ello, los inmuebles por destino del art. 524 del “Code” son una ficción y, a causa de esto, de aplicación excepcional (véase todo el cap. IV de la 1.^a parte de la op. cit.); en idéntico sentido, MAZEAUD y JUGLART (op. cit., pág. 225).

(16) Sobre el tema de las pertenencias y accesorios, véanse, en la doctrina francesa, principalmente las obras de ROGER (“Les immeubles par destination”; Jur. not. 1.937, págs. 1073 ss.) y de GULPHE (“L’immobilisation par destination”; Alger, 1947).

(17) Así, ANDREOLI (op. cit., pág. 147): “... debe reconocerse la cualidad de “parte de cosa” a lo que, sin perder su propia individualidad, se encuentra en relación económica con una cosa (unidad económica), sea cual sea esta unión —y ya consista en la función de integración o en la de utilización o en la de adorno de la cosa—, sea quien sea quien la haya creado y cualquiera que sea su intención, siempre que tal relación sea estable —según la apreciación de la conciencia económico-social—, y actuada mediante una unión física (unidad física)”. Con respecto a la pertenencia, afirma el autor en su ya clásica monografía: “La cualidad de pertenencia puede ser reconocida también a lo que es necesario para la esencia, para la integración de la cosa a la cual está unido” (pág. 147); no cabe hablar de “pertenencia” —sino de “parte”— si hay unión material (“collegamento físico”) (págs. 123 y 214). La cualidad de pertenencia requiere, según ANDREOLI, relación objetiva estable (págs. 211 y 213) y externamente reconocible (pág. 201), no

tranjeros, más recientemente, enjuician el fenómeno de los inmuebles por destino de modo diverso, separándolo del fenómeno pertenencial en sentido general: según Rasi (18), por ejemplo, la «inmovilización» presentada por el Código napoleónico y por las cuerpos legales que en este sentido lo imitan sólo es un medio técnico para evitar la ejecución separada de tales muebles accesorios; por otra parte, según afirma este autor, cuando el Código francés establece que los accesorios sigan la suerte de la cosa principal en los negocios en los cuales ésta sea objeto (arts. 1.018, 1.064, 1.615, 2.118) se basa en una presunta voluntad de las partes y no en un pretendido vínculo objetivo entre cosa y accesorios.

Mención especialísima merece el tratamiento que da a la figura el Código civil alemán de 18 de agosto de 1896, actualmente vigente, Código que, según se afirma, traza las líneas generales de una concepción «objetivista» de la categoría y en el que se inspiran muchos autores no alemanes para interpretar —a veces forzando indebidamente los textos— normas de sus países (19). Con una brevedad probablemente excesiva, pero impuesta por la modestia de nuestras pretensiones, exponemos una síntesis del régimen de las pertenencias («Zubehör») en el B. G. B.

El § 97 define la pertenencia estableciendo una serie de requisitos, a modo de notas caracterizadoras, para que una determinada cosa sea pertenencia; este párrafo debe ponerse en estrecha relación con el § 93, en el que se fija el concepto de «partes integrantes» («Wesentliche Bestandteile» —literalmente «partes integrantes esenciales»—) como opuesto al de «Zubehör». Son «Wesentliche Bestandteile» las partes de una cosa que no pueden separarse sin que una u otra sea destruida o cambie su esencia (20). Son, por el contrario, «Zubehör» «las cosas muebles que, sin ser parte integrante de la cosa principal («Hauptsache»), están destinadas a servir al fin económico de la cosa principal y están con ella en una relación espacial («räumliches Verhältnis») correspondiente a su destino («Bestimmung»). Como se observa, la diferencia entre «parte constitutiva» y «pertenencia» reside en que en la primera el vínculo con las otras partes no implica subordinación, cosa que sucede en la segunda (21); no parece deducirse del texto legal, al menos a primera vista, que la «Wesentliche Bestandteile» implique unión física, pues, por ejemplo, la separación de una ficha de dominio de sus veintisiete «compañeras» inutiliza el juego, esto es, lo destruye («zers-

siendo relevante la cualidad de la persona que crea tal relación económica (pág. 189). El hecho de la destinación para este autor es mero “fatto giuridico”, no es acto ni negocio (págs. 217 y 220). En la pertenencia el ligamen económico no se actúa por unión física, en definitiva.

(18) Op. cit., pág. 306.

(19) Véase en el mismo ANDREOLI.

(20) “§ 93 / Wesentliche Bestandteile/ Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile). Können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein”.

(21) El verbo “dienen” (“servir”) expresa dicha subordinación.

tört») como tal, siendo obvio que las fichas no están físicamente unidas entre sí. El Código añade que la relación de subordinación debe ser permanente, matizando que incluso una separación temporal de pertenencia y cosa principal no hace perder a aquélla su condición de «Zubehör» (párrafo 2.º del § 97); aclara en el § 98, de modo indicativo y algo casuístico, que son pertenencias las máquinas y utensilios, el ganado, los productos necesarios para la explotación, etc. Parece —y la cosa no está clara en absoluto— que el BGB adopta la llamada «concepción objetivista» de la pertenencia, siendo ésta creada sólo por la existencia de una relación permanente de subordinación, sin atender, en principio, a la intención del propietario o de quien creó tal vínculo. La ley establece, por añadidura, un criterio práctico de calificación, advirtiendo que una cosa no es «pertenencia» cuando no es considerada como tal en el tráfico (aun en el supuesto de que se den las notas anteriormente referidas —debemos entender) (§ 97, párrafo 1.º, «in fine»). (22) (23).

En cuanto a los efectos de la cualidad de pertenencia, el BGB es menos respetuoso con la coherencia interna de la figura de lo que la doctrina —principalmente no alemana— suele opinar: así, el efecto que consiste en que la pertenencia siga a la cosa principal en los actos jurídicos cuyo objeto sea ésta si nada se pacta al respecto, sólo se da en el caso de la hipoteca (§§ 1.120 y 1.135)) y en el de devolución de la cosa por el comprador al vendedor en caso de venta con pacto de retro (§ 498). En otros supuestos, que constituyen mayoría, el efecto de seguir a la cosa principal se produce sólo si las partes así lo pactaron; y, si nada convinieron, también se produce tal efecto, pero solamente en caso de duda («Zweifel») (24); en tal sentido, véanse los.

(22) El italiano ANDREOLI (Op. cit., págs. 215 y 216) niega expresamente que los “usos del comercio” puedan determinar la cualidad de pertenencia en los Ordenamientos jurídicos italianos —vigente en 1936— y francés, a diferencia de lo preceptuado en los sistemas de Alemania y Suiza, que el citado autor menciona.

(23) “§97 /Zubehör/ (1) Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird. (2) Die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen begründet nicht die Zubehöreigenschaft. Die vorübergehende Trennung eines Zubehörsstücks von der Hauptsache hebt die Zubehöreigenschaft nicht auf.”

(24) LACRUZ BERDEJO (“Elementos de Derecho civil”, I. Parte general, Barcelona, Bosch, 1974, pág. 219) afirma que las pertenencias en Derecho español, “... en caso de duda se entienden comprendidas, tanto en el tráfico como para la ejecución forzosa, en la cosa principal...” La importación de la “duda” (del “Zweifel” del BGB) nos parece de discutibilísima admisibilidad desde el punto de vista dogmático, aunque a la hora de interpretar un determinado negocio jurídico la idea de LACRUZ sea muy estimable como método de integración de la voluntad de las partes. También hablan, con respecto al Derecho español, de la “duda”, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (comentario al Tratado de Derecho civil de ENNECCERUS, t. 1.º, v. 1.º, Barcelona, Bosch, 1934, pág. 586)..

§ 314 (norma general) (25), 926 (compraventa), 1.031 (constitución de usufructo), 1.062 (revocación de usufructo) y 2.164 (legado); también en caso de duda se extiende el derecho de preferencia que se tiene sobre una cosa a sus accesorios o pertenencias, si nada se estipuló al respecto (§ 1.096).

¿Qué sucede si el enajenante de la cosa principal no es dueño de la accesoria? En tal hipótesis el adquirente de la principal adquiere también la pertenencia si tiene buena fe (§§ 926, párr. 2.º, y 932 (26)), lo que parece sugerirnos que es al menos cuestionable la existencia de auténtico vínculo objetivo, ya que el expediente de la adquisición por «buena fe» implica usualmente que la ruptura de tracto —es decir, del carácter derivativo de las adquisiciones— se debe sólo a la «voluntas legis» de proteger la apariencia. En el caso de la hipoteca, si las pertenencias no son del propietario de la cosa principal, no son tampoco objeto de la hipoteca (§ 1.120, «in fine») (27).

La pertenencia puede ser objeto de relaciones jurídicas separadas (§ 93, «in fine» «a contrario sensu»), puesto que las partes integrantes «no pueden ser objeto de derechos separados» (28).

Algunos códigos modernos acogen expresamente la categoría, a la que llaman «pertenencias»; por ejemplo, el nuevo Código civil italia-

(25) “§ 314 /Erstreckung auf das Zubehör/ Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.”

(26) El § 926 dice: “(1) Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig, dass sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken, soweit sie dem Veräußerer gehören. Im Zweifel ist anzunehmen, dass sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll. (2) Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes massgebend”.

El primer inciso del § 932 establece, por su parte:

“Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sie denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in guten Glauben ist.”

(27) Este texto legal dice que la hipoteca se extenderá, salvo en determinados casos, a los productos y demás partes integrantes separadas de la finca..., así como a las pertenencias de ésta, a excepción de las que no sean del dominio del propietario: “... mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind”.

(28) Sobre el tema de las pertenencias véase ENNECERUS-KIPP-WOLFF.— I Band. ENNECERUS, NIPPERDEY.—“Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts”. Mohr, Siebeck, Tübingen, 1959, págs. 809 ss. Puede verse traducción española de una edición alemana anterior, con notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (Bosch, Barcelona, 1934, págs. 579 ss., t. 1.º, vol. 1.º, ya citado. Véase también el clásico trabajo de KOHLER (“Zur Lehre von den Pertinenzen”; Jherings Jahrbücher, Band 26, 1888, págs. 1 ss.) y el más reciente de SIEBERT (“Zubehör des Unternehmens und Zubehör des Grundstücks”; Festschr. Gieseke, 1958, páginas 59 ss.).

no (arts. 817, 818 y 819) (29), que adopta aparentemente una concepción «clásica» de la figura, insistiendo sobre la importancia de las circunstancias que deben concurrir en la persona que destine una cosa al servicio de otra y creando problemas de difícil solución en el campo dogmático, principalmente a causa de que no existe coherencia entre lo establecido con un cierto carácter programático en los tres artículos mencionados y lo que el Código civil —y otros cuerpos legales del mismo país— prescriben a la hora de aludir a la cuestión que nos ocupa a propósito de cada uno de los negocios jurídicos particulares o de otras figuras, como el buque o la aeronave. Los autores que, tras su promulgación, se han ocupado del tema en Italia [Bassanelli (30), Contursi-Lisi (31), Rasi (32)] insisten en que el llamado «elemento subjetivo» es consustancial a la figura, desprovéyéndola de la marcada «objetividad» propuesta, bajo el viejo Código, por Andreoli (33). La aportación de Lycia Contursi-Lisi merece especial atención: para esta ilustre jurista, fijadas la irrelevancia del elemento objetivo en sí mismo considerado (34) y la significación de la voluntad para la creación —y el mantenimiento— de la cualidad de pertenencia (35), es preciso aclarar que el hecho de la posibilidad de relaciones jurídicas separadas de la pertenencia como cosa «a sè stante» quita a la figura carácter unitario: no se debe, pues, hablar de «unidad objetiva», sino de reglas que resuelven conflictos de intereses, estableciendo preferencias (36).

(29) “Art. 817. Pertinenze.—Sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa.

La destinazione può essere effettuata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima.”

“Art. 818. Regime delle pertinenze.—Gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non è diversamente disposto.

Le pertinenze possono formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici.

La cessazione della qualità di pertinenza non è opponibile ai terzi i quali abbiano anteriormente acquistato diritti sulla cosa principale.”

“Art. 819. Diritti dei terzi sulle pertinenze.—La destinazione di una cosa al servizio o all'ornamento di un'altra non pregiudica i diritti preesistenti su di essa a favore dei terzi. Tali diritti non possono essere opposti ai terzi di buona fede se non risultano da scrittura avente data certa anteriore, quando la cosa principale è un bene immobile o un bene mobile iscritto in pubblici registri”.

Véanse también, del “Codice civile”, los artículos 998 (usufructo), 1.477 y 1.490 (compraventa), 1.617 (arrendamiento de bienes productivos: “affitto”), 2.145 y 2.146 (“mezzadria”), 2.166 (“colonia parziaria”) y 2.766 (privilegio); del “Codice della navigazione”, los artículos 246 (buque) y 862 (aeronave); y del “Codice di procedura civile”, el artículo 515, en tema de “pignoramento”.

(30) “Corso di diritto agrario”, Milano, 1946; véase todo el capítulo IV, dedicado íntegramente a las pertenencias del fundo rústico. Véase también, del mismo autor, “La legge della circolazione delle pertinenze” (Studi in onore di A. Cicu. II), Milano, Giuffrè, 1951, págs. 673-709.

(31) “Le pertinenze. Cedam, Padova, 1952.

(32) Op. cit. Véase principalmente el cap. VII.

(33) Op. cit., págs. cit. Inteligente armonizador de ambas direcciones doctrinales es CARROZZA, A.—“Sul procedimento di destinazione pertinenziale”. Riv. diritto agrario, ottobre-dicembre, 1967, págs. 767 ss., Giuffrè, Milano.

(34) Op. cit., págs. 18-22 y 85.

(35) Op. cit., págs. 23 ss., 57 y 85.

(36) Op. cit., págs. 22 ss.

Por otra parte, la autora sostiene que la figura contemplada en los artículos 817, 818 y 819 del Código civil vigente es superflua porque a lo largo del Derecho positivo italiano el fenómeno de las cosas accesorias de otras es regulado de modo diferente en cada caso, y casi nunca la ley es consecuente con los principios propuestos en los artículos antecitados (37). Contursi-Lisi propone una tabla diferente en la que las «partes rei» son diferenciadas de los llamados «accesorios instrumentales» siguiendo el criterio romano y en la que, como especie de estos accesorios instrumentales, se propone una categoría denominada «pertenencias necesarias», expresión con la que se designa a las cosas indispensables para que la «res principalis» desempeñe su función económica. Tanto las partes como los accesorios instrumentales deben ser distinguidos, según la autora, de los «accesorios negociales», «que la voluntad por cualquier razón incluye en el contrato —junto al objeto principal— sin que subsista una relación económica funcional» (38).

El moderno Código civil portugués rompe la línea tradicional al establecer, en su artículo 210 (39), que los negocios jurídicos que tienen por objeto la cosa principal no comprenden, salvo declaración en contrario, las pertenencias.

CONCEPTO DE PERTENENCIAS EN DERECHO COMPARADO

Como podemos observar, la variedad de soluciones legislativas y de opiniones doctrinales dificulta la formación de un concepto «a priori» de la figura que nos sirva de referencia. No obstante, como mera hipótesis de trabajo, proponemos, en modo sintético, unos caracteres de las pertenencias, tal como han venido siendo configuradas por la generalidad de los autores, sobre todo los más recientes.

Como efectos de la cualidad de pertenencia podemos señalar dos:

a) La pertenencia acompaña a la cosa principal en los negocios jurídicos de los cuales ésta sea objeto, aunque nada se manifieste al respecto.

b) La pertenencia conserva su «individualidad», pudiendo ser objeto de relación jurídica separada.

Como requisitos para que tales efectos se produzcan, es decir, como requisitos de la cualidad de pertenencia, podemos señalar los siguientes:

a) El hecho de la destinación.

b) La relación de servicio entre ambas cosas.

c) Estabilidad o permanencia de esa relación (40).

(37) Op. cit., págs. 22 y 90 ss.; en general, toda la 2.^a parte del libro está encaminada a demostrar esta falta de coherencia.

(38) Op. cit., págs. 145.

(39) Dice este importante precepto: “Coisas acessórias.—1. São coisas acessórias, ou pertenças, as coisas móveis que, não constituindo partes integrantes, estão afectadas por forma doradoura ao serviço ou ornamentação de uma outra. 2. Os negócios jurídicos que têm por objecto a coisa principal não abrangem, salvo declaração em contrário, as coisas acessórias.”

(40) A título de ejemplo, podemos reproducir aquí—ya traducido al es-

Entrar ahora en la cuestión de si la destinación es mero hecho jurídico o es acto o negocio, o pronunciarnos acerca de la naturaleza del vínculo entre cosa principal y cosa accesoria excede de un esquema que pretende ser sólo punto de partida, concepto «mínimo» a partir del cual se desea llegar a conclusiones más pormenorizadas. Por idéntico motivo soslayamos ahora el estudio de otros pretendidos requisitos como la necesidad de que el vínculo sea externamente reconocible o el carácter unitario de los efectos de la cualidad de pertenencia. Atendamos, por consiguiente, sólo a la hipótesis de trabajo propuesta: ¿Existe en nuestro Ordenamiento una categoría jurídica unitaria con los rasgos citados?

EXISTENCIA DE LA FIGURA EN DERECHO ESPAÑOL

Lo primero que advertimos es que no hay una regulación general de las pertenencias, sino, en todo caso, preceptos dispersos que guardan o pueden guardar relación con el tema. Muy rara vez se usa en las leyes españolas el término «pertenencias», siendo singular en este sentido el artículo 587 del Código de comercio, con referencia al buque.

Lo primero que advertimos es que no hay una regulación general de las pertenencias, sino, en todo caso, preceptos dispersos que guardan o pueden guardar relación con el tema. Muy rara vez se usa en las leyes españolas el término «pertenencias», siendo singular en este sentido el artículo 587 del Código de comercio, con referencia al buque.

Los textos de Derecho positivo más representativos son los artículos 883 y 1.097 del Código civil, así como el ya citado artículo 334 (núme-

pañol— un texto, extraído de las Notas al “Derecho de Pandectas”, de WINDSCHEID, ya citadas (FADDA, BENSA, BONFANTE, MAROI), en el que se pretende formular un concepto general de las pertenencias, aceptado por la doctrina dominante: “Se consideran con suficiente concordia como pertenencias aquellas cosas accesorias que, sin estar unidas a la cosa principal de manera que se hagan partes constitutivas e integrantes de ella, son, sin embargo, destinadas por el propietario a su servicio de modo duradero. De los ejemplos y especialmente de la categoría principal de las pertenencias que es constituida por los inmuebles por destino..., se deduce más que de las definiciones que el servicio al que las pertenencias son destinadas respecto a la cosa principal puede ser así de complemento o de ornamento como de instrumento para la gestión económica. La importancia jurídica de las pertenencias reside en que ellas, aun no siendo partes constitutivas y, por ello, necesaria e inevitablemente comprendidas en la suerte de la cosa principal, sin embargo siguen el destino de ella cuando no sea expresamente establecido lo contrario en el acto de enajenación... y no pueden ser objeto de pignoración o ejecución separada” (pág. 237). El texto no hace referencia, sin embargo, a la posibilidad de vida jurídica separada de la pertenencia y restringe la legitimación para el acto de destinación al propietario de las cosas. Discutible —pero de gran importancia— es la opinión de los comentadores italianos de WINDSCHEID cuando, más adelante, afirman: “El concepto actual de las pertenencias es híbrido y, al menos, doble, y comprende elementos que pertenecen a la esencia y a la unidad de la cosa y elementos que pertenecen a su conservación y a su economía” (op. cit., pág. 241).

ros 4, 5, 6, 7 y 9) del mismo cuerpo legal que, imitando al «Code Napoléon», establece la categoría de los «inmuebles por destino»: es curioso que una fuente tan reciente como la *Compilación de Navarra* (Ley 347) insista en la vigencia de esta figura que pertenece, al parecer, a orientaciones superadas. Interesantes son las normas contenidas en los artículos 29, 39 y 72 de la *Compilación de Aragón*, en las que vemos una «inmovilización» determinada por la autonomía privada. En el Derecho foral encontramos otros textos de cierta importancia referentes a la cuestión, como, por ejemplo, los artículos 3 y 12 de la *Compilación de Vizcaya y Alava*, y los artículos 64 y 66 y siguientes de la *Compilación de Galicia* (lugar acasurado). Del Código civil es conveniente recordar igualmente los artículos 449 (en sede de posesión) y 1.770 (en sede de depósito). Conviene citar asimismo los artículos 576, 587 y 745 del Código de comercio, en sede de Derecho marítimo; el importante artículo 111 de la Ley hipotecaria; el artículo 44 del Reglamento hipotecario; los artículos 21, 39, 42 y 52 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento; el artículo 7 de la Ley de hipoteca naval; y los artículos 2.2.2.º, y 43.3, del Reglamento de arrendamientos rústicos.

De todos los textos mencionados, hay algunos que establecen los efectos que hemos considerado como típicos de la cualidad pertenencial ante la presencia de requisitos que hemos reputado asimismo típicos de tal cualidad; otros textos son orientadores de nuestra labor en mucha menor medida, en cuanto que omiten, por ejemplo, una completa mención de requisitos necesarios para la producción de un determinado efecto de los considerados como típicos de la categoría, siendo legítimo en tales casos plantearnos si tales textos positivos deben ser integrados mediante analogía o jurisprudencia o si constituyen, por el contrario, excepciones a la regla general o indicios de inadmisibilidad de la figura de las pertenencias en nuestro Derecho; hay, en fin, textos que, ante la concurrencia de los requisitos citados, imponen unas consecuencias jurídicas opuestas a las propias de la relación pertenencial tal como es entendida, explicada y regulada comúnmente.

El texto legal más importante en la materia es, sin duda, el artículo 334 del Código civil, concretamente en sus números 4, 5, 6, 7 y 9. Su precedente parece ser el comentado artículo 524 del Código de Napoleón, precepto que ya inspiró el artículo 380 del Proyecto español de Código civil de 5 de mayo de 1851, del cual el vigente artículo 334 es casi una transcripción con algunos cambios y retoques (41).

(41) El artículo 380 del Proyecto dice textualmente:

“Son bienes inmuebles:

1.º Las tierras y edificios.

2.º Las plantas y árboles, mientras estuvieron unidos à la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles ó plantas.

3.º Los abonos destinados por el propietario al cultivo de sus heredades, y puestos en estas.

4.º Todo lo que está unido à un edificio de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro de este ó del objeto adherente.

5.º Las estatuas colocadas en un nicho construido expresamente en el edificio.

El artículo 334 dice qué entiende la Ley por «bienes inmuebles»; el artículo no es meramente descriptivo, como lo sería acogiendo simplemente la concepción «naturalística» de la división de las cosas en muebles e inmuebles ateniéndose a propiedades físicas, sino que parece llamar «inmuebles» a cosas y derechos que por naturaleza no lo son para someterlos al régimen jurídico de los bienes inmuebles; se trata de una ficción (42), la ficción de «inmovilización», que movió a la doctrina a dividir los inmuebles en cuatro clases: por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía (43).

Centrando nuestra atención en los «inmuebles por destino», vemos cómo una serie de cosas —trasladables sin detrimento de un lugar a otro—, por tener unas determinadas notas o hallarse en unas determinadas circunstancias, son consideradas como inmuebles por la Ley; en otros términos, cosas muebles por naturaleza, a causa de una relación de dependencia con respecto a un inmueble, acompañan a éste en los actos jurídicos de los que sea objeto; es justamente eso lo que el legislador de 1888 quiso decir al emplear la censurable expresión «Son bienes inmuebles» (44); los árboles y las plantas, los frutos pendientes, las cosas unidas al inmueble de modo fijo (números 2 y 3) son «inmuebles» porque se reputan «partes» de un inmueble; las cosas a las que aluden los números 4, 5, 6, 7 y 9 «son» inmuebles porque «sirven» a un inmueble, siendo «absorbidos» por éste; queda, por consiguiente, claro que unos bienes siguen el destino jurídico de otros aunque nada se haya declarado al respecto.

¿Qué requisitos fijan los mencionados números 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 para que tal efecto se produzca? Nos parece que son esencialmente los mismos que propone la doctrina europea dominante al configurar el concepto de pertenencia. El número 4 establece la ficción de inmovilización para objetos que se hallen, con respecto a un inmueble por naturaleza o incorporación —«edificios o heredades», dice textualmente—, en una relación de subordinación que consista en «uso u ornamentación»; tal relación debe ser causada por acto del dueño del inmueble, siendo necesario que en el exterior se perciba.

6.º Los viveros de animales.

7.º Las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca para el uso propio de la industria que en aquélla se ejerciere.

8.º Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

9.º Los oficios y derechos perpétuos enagenados de la Corona."

(42) ANDREOLI (op. cit. Véase todo el cap. IV de la 1.ª parte). CONTURSI-LISI (op. cit., pág. 17); MANRESA Y NAVARRO, J. M.—Comentarios al Código civil español, t. III, Madrid, 1918, pág. 17. SCAEVOLA.—"Código civil concordado y comentado extensamente", t. VI, Madrid, 1913, pág. 124. ESPÍN CANOVAS, D.—"Manual de Derecho civil español", v. 1.º, Parte General, Ed. Revista Der. Priv., Madrid, 1968, pág. 357.

(43) Esta clasificación de las cosas inmuebles se halla muy extendida en nuestra doctrina; basta atender a cualquier manual; véase, a título de ejemplo, el ya citado de ESPÍN CANOVAS (págs. 350 y 351).

(44) Por ello afirman MANRESA (op. cit., 17) y Q. M. SCAEVOLA (op. cit., página 124) que el Código debería decir "se reputan bienes inmuebles", añadiendo este último comentarista que estamos ante una ficción.

el propósito de permanencia o estabilidad de tal relación. Aunque la norma no lo diga, podemos afirmar que es acorde con nuestro sistema jurídico la afirmación según la cual estos objetos son susceptibles de relaciones jurídicas separadas, al menos en línea de máxima. El texto merece una exégesis más completa que luego presentaremos: ahora basta indicar que en él se establece el efecto de que la cosa accesoria deba seguir a la principal en los actos de que ésta sea objeto siempre que un acto de destinación, provisto de determinadas características, haya creado una relación de servicio entre ambas cosas habiendo propósito de estabilidad: el concepto de pertenencia, si bien restringido a la relación «mueble-inmueble», aparece con enorme nitidez en este precepto. El número 5.º, al referirse a un conjunto de objetos como «máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación», nos expresa la exigencia del acto de destinación; de la relación de servicio entre cualquiera de tales objetos y el inmueble nos habla el precepto en examen al indicar seguidamente: «...y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma». No se alude al requisito de la permanencia, pero éste parece reconocerse implícitamente en el tenor del texto: la naturaleza de los accesorios a los que se refiere —máquinas, utensilios—, que nos muestra que se trata de cosas susceptibles de ser usadas con habitualidad, es decir, repetidas veces, así como la referencia a la afectación de tales bienes al edificio o heredad y la expresión adverbial «directamente» son claros síntomas —aparte de otras razones nacidas de una interpretación sistemática— de que el propósito de permanencia es exigido por el legislador español para los supuestos subsumibles en el número 5.º. El número 6.º, por el contrario, es muy explícito en relación al requisito citado al emplear las expresiones «de un modo permanente», «los conserve» y «propósito de mantenerlos unidos»: consagra el requisito de la destinación en el inciso: «cuando el propietario los haya colocado», refiriéndose también a este requisito la mencionada expresión «los conserve», como luego veremos; en cuanto a la relación entre accesorio y bien inmueble, la norma es técnicamente censurable, pues el inciso «mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella», aplicado a viveros y estanques nos haría pensar en «partes rei» si no fuese por las restantes palabras contenidas en el precepto. El número 7.º, para aludir a la relación de servicio, acude al expediente de exigir la situación de los abonos en el inmueble, a causa de la fungibilidad —y, por ello, dificultad de individualización— de éstos; se refiere expresamente a la necesidad del acto de afectación e implícitamente al propósito de permanencia, puesto que parece poco probable que quien destina unos abonos al cultivo de una heredad, colocándolos en las tierras que la componen, piense retirarlos de éstas inmediatamente.

El número 9.º encuentra más dificultades de aplicación en nuestra materia, puesto que, si bien parece claro que un dique flotante deba ser reputado «inmueble por destino», es poco sostenible que se le considere «pertenencia» o «accesorio» del río, del lago o de la costa en

que se halle: en otros términos, no parece que el «destino de inmueble» siempre deba consistir en una vinculación de servicio a un inmueble por naturaleza; ésto nos llevaría a deslindar las figuras de los «inmuebles por destino» y de las «pertenencias» aludiendo a criterios de distinción diferentes del ya tradicional, consistente en que éstas son un concepto más amplio que aquéllos: no sólo cabe hablar, pues, de pertenencias que no sean inmuebles por destino (caso de cosa principal mueble), sino también de inmuebles por destino que no sean pertenencias: en efecto, el dique flotante no es «pars rei», no es inmueble por incorporación; tampoco «sirve» al río, al lago o al litoral como tales, sino a personas y embarcaciones que actúan sobre estas extensiones de agua. Nos parece, pues, censurable reputar «pertenencia» a un dique o a cualquier otra construcción flotante, aun en el caso de que se hallen situadas en un riachuelo o en un lago de propiedad privada, según el artículo 408 del Código civil. De todos modos, la destinación y el propósito de permanencia son mencionados en el número 9.º del artículo 334 como requisitos para la «inmovilización» (45).

En el Derecho civil foral vemos un fenómeno de «inmovilización», semejante a los citados, en la Ley 347 de la reciente Compilación de Navarra: esta disposición, al considerar inmuebles, entre otras cosas, a «los accesorios que se destinen al servicio» de las fincas, recoge nítidamente la figura de las pertenencias, pues la exigencia de la estabilidad parece implícita en la expresión utilizada por la norma. El texto de ésta subordina esta «inmovilización» de los accesorios destinados al servicio de inmuebles por naturaleza a la «prueba en contrario», esto es, a la voluntad de los titulares de derechos sobre ellos encaminada a tratarlos como muebles en el tráfico, por ejemplo, excluyéndolos de la enajenación del inmueble al que sirven: es decir, la Ley 347 admite expresamente —aunque con un lenguaje de cuestionable admisibilidad desde el punto de vista técnico— la posibilidad de vida jurídica separada de la pertenencia, que es otro de los efectos que hemos reputado característicos de la figura. Obsérvese que tanto la consideración de inmuebles como la admisibilidad de la llamada «prueba en contrario» se aplican no sólo a las pertenencias, sino también a verdaderas «partes rei», puesto que es inmueble, según el Derecho navarro, «todo lo que a ellas (las fincas) se halla inseparablemente unido». La distinción que la Ley 347 hace entre «inmuebles por incorporación» e «inmuebles por destino» o —lo que, en este caso, es lo mismo— entre «partes rei» y pertenencias refuerza más aún nuestra convicción de que esta norma acoge nuestra figura (46). De poca utilidad es, sin embargo, la Ley 376 del mismo

(45) Relaciónese el núm. 9.º del artículo 334 del Código civil con el artículo 585 del Código de comercio y con el artículo 146 del Reglamento del Registro mercantil aprobado por Decreto de 14 de diciembre de 1956. Para estos dos últimos artículos, los bienes a los que alude el núm. 9.º del artículo 334 del Código civil son muebles. Está claro que un dique flotante o una draga, por ejemplo, se consideran muebles a efectos comerciales e inmuebles a efectos civiles; la ficción que en el Derecho civil se da con respecto a tales objetos es manifiesta y su razón de ser, evidente.

(46) Obsérvese que la voluntad de los que tengan derechos sobre las

Cuerpo legal, a pesar del valor descriptivo que pueda poseer la enumeración que contiene y de que en su título se use el vocablo «pertenencias».

La Compilación de Aragón, en su artículo 39, número 1.º, establece que «se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario..., las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unas y otras». El requisito de la destinación se halla expresado en la palabra «afectos»; los de la relación de subordinación y de la estabilidad de esa relación están implícitos, a nuestro juicio, en la norma; el inciso «salvo pacto en contrario», que legitima la vida jurídica separada de las pertenencias, merece los mismos comentarios que la expresión «salvo prueba en contrario» del Derecho navarro antes tratada. Los artículos 29 y 72 de la Compilación aragonesa, que contemplan el supuesto de que la voluntad privada opere la ficción de «inmovilización», nos interesan menos con respecto a nuestro tema: de todos modos conviene decir en este sentido que, en virtud de tales normas, cosas que no reúnan los requisitos de las pertenencias pueden tener sus mismos efectos.

Un detenido estudio merecerían los llamados «pertenecidos de un caserío» vasco (arts. 3 y 12 de la Compilación de Vizcaya y Alava). Siendo cosas que pueden ser inmuebles, parecen reunir, no obstante, todas las notas necesarias para que podamos atribuirles el calificativo de pertenencias. A nuestro juicio, la norma interpretativa contenida en el artículo 12 no impide la admisibilidad de la figura en Derecho foral vizcaíno, ya que el artículo 3 alude a «pertenecidos» que no están comprendidos en el artículo 12 citado y acerca de los cuales no existe razón para pensar —atendiendo al tenor de la norma del artículo 3— que carezcan de los requisitos y efectos propios de las pertenencias estudiadas. Sobre esta cuestión hablaremos posteriormente.

Interesantes son asimismo las normas, que más tarde trataremos, de los artículos 66 y siguientes de la Compilación de Galicia, referentes al «lugar acasurado», en el que es posible hallar elementos identificables con las pertenencias del Derecho común español.

En el Código de comercio vigente hallamos tres artículos de gran importancia en materia de pertenencias: los artículos 576, 587 y 745. El primero de ellos ordena, en su primer párrafo, que «se entenderán siempre comprendidos en la venta del buque el aparejo, respetos, pertrechos y máquinas si fuere de vapor, pertenecientes a él, que se hallen a la sazón en el dominio del vendedor», excluyéndose, en el segundo párrafo, de tal efecto las armas, las municiones, los víveres y el combustible.

La palabra «pertenecientes», referida gramatical y lógicamente a

cosas en cuestión no sólo puede impedir que la accesoria siga el destino jurídico de la principal, sino que puede impedir—lo que es más llamativo— que una cosa sea considerada inmueble, incluso si es “parte” de otra que sea inmueble por naturaleza. Sobre la “inmovilidad” y la “movilización” derivadas directamente de la autonomía privada, recuérdese el citado artículo 29 de la Compilación de Aragón.

buque, nos indica la exigencia de una relación «objetiva» entre «res principales» y accesorio; la naturaleza y la función de los objetos de los que la disposición habla —fungibilidad y consumibilidad más claras en los objetos excluidos, mencionados en el 2.º párrafo— nos expresan la presencia del requisito del propósito de estabilidad de la relación citada; parece deducirse de la misma índole de los aparatos a los que alude el primer párrafo la exigencia del acto de destinación, exigencia muy vinculada al establecimiento del requisito subjetivo consistente en que tales cosas deban ser propiedad del vendedor del buque. El artículo 745, en su párrafo 1.º, en sede de seguro marítimo, establece que «si se expresare genéricamente en la póliza que el seguro se hacía sobre el buque, se entenderán comprendidos en él las máquinas, aparejo, pertrechos, y cuanto esté adscrito al buque; pero no su cargamento, aunque pertenezca al mismo naviero»; la norma es similarísima a la del artículo 576 y merece un comentario semejante: piénsese en la oposición planteada por la norma entre objetos estables —máquinas, pertrechos— e inestables (cargamento); véase, asimismo, la referencia al acto de destinación en la palabra «adscrito». El artículo 587, en fin, en sede de abandono del buque, emplea el término «pertenencias» que muy bien podríamos interpretar en el sentido de los dos artículos anteriormente comentados y que es el propuesto por la doctrina dominante. Hemos de reconocer que el Código de comercio no hace referencia explícita alguna a la posibilidad de vida jurídica separada de las pertenencias del buque, pero ello no significa que la prohíba, siendo admisible según el principio de autonomía de la voluntad operante en nuestro sistema (47).

La Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 18 de diciembre de 1954, acoge con absoluta claridad nuestra figura, al establecer, en su artículo 21, que la hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil comprenderá, si no se estableciere otra cosa, «las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo», siempre que, siendo de la propiedad del titular del establecimiento y estando pagado su precio de adquisición, «se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial». El artículo 39 (en su párrafo 1.º) al referirse a la hipoteca de aeronave, dice que tal hipoteca «comprenderá, salvo pacto en contrario, la cédula, motores, hélices, aparatos

(47) En la misma línea que el Código mercantil está la Ley de Hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, que, en su artículo 7.º, establece que “se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso en contrario, el aparejo, respetos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, que se hallen a la sazón en el dominio del dueño o dueños de la nave hipotecada”, entre otras cosas. La referencia que la norma hace al “casco del buque” nos mueve a pensar que tales objetos son sólo “partes rei”, ya que el casco sólo es la parte principal, pero no el buque completo. Sin embargo, la naturaleza de algunas de las cosas citadas—aparejos, respetos, pertrechos, tal vez algunas máquinas fácilmente separables, etc.—nos indica que el texto también se refiere a cosas que completan a la nave misma y no sólo a su casco; es decir, que se trata de accesorios.

de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de ésta»; el texto, aunque se refiere a objetos que son «partes rei» y a simples accesorios (en sentido no jurídico), indudablemente alude a las pertenencias de modo preferente (48). Corroboran aún más nuestra afirmación de que la Ley de hipoteca mobiliaria recibe el concepto de pertenencia su artículo 42, al permitir la hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial (49), y su artículo 52 (núms. 3.º y 4.º), al permitir la constitución de prenda sin desplazamiento sobre los animales y sobre las máquinas y los aperos de explotaciones agrícolas forestales o pecuarias: el Ordenamiento jurídico permite expresamente la «vida separada» de tales pertenencias.

Existe, no obstante todo lo dicho, un supuesto en Derecho español en el que, concurriendo todos los requisitos reputados necesarios para la atribución a una cosa de la cualidad de pertenencia, no se da el efecto principal que caracteriza a esta figura: esto es, el seguir la suerte de la «res principalis» en los actos jurídicos cuyo objeto sea ésta: es ya casi tópico aludir, a este respecto, al artículo 111, 1.º, de la Ley hipotecaria: «Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá... los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto».

Este texto legal es mucho más complicado en su supuesto de hecho que en su consecuencia jurídica, si bien ésta es desconcertante: a ella aludimos ahora, dejando las referencias al supuesto, tan rico en elementos definidores de nuestro tema, para más adelante: baste, por el momento, decir que el texto se refiere a todos los requisitos de los

(48) Sobre los accesorios del automóvil, véase el artículo 238 del Código de la circulación. El artículo en cuestión no nos interesa excesivamente para nuestro trabajo, dado que sólo las herramientas pueden reputarse pertenencias o accesorios en sentido jurídico; por el contrario, los repuestos —a los que también alude el citado artículo 238— no son pertenencias, sino cosas destinadas a ser en el futuro “partes rei”: piénsese, por ejemplo, en las ruedas de repuesto. Otro motivo de que tal texto jurídico no nos interese demasiado es el hecho de que tales “accesorios” se reputan necesarios para que circule el vehículo, pero no parece establecer, ese artículo que al enajenarse un automóvil tales objetos, en defecto de pacto, se entiendan comprendidos en el acto de enajenación; tal efecto se establece, a nuestro juicio, en el artículo 1.097 del Código civil, no en el artículo 238 del Código de la circulación.

(49) Es muy interesante, sin embargo, apuntar que el párrafo 2.º del artículo 42 LHM excluye expresamente de la posibilidad de ser objeto de hipoteca mobiliaria los hornos que formen parte del inmueble; pero es claro que ello se debe no a que la Ley se oponga a que una “pars rei” sea objeto de relación jurídica separada (como hace el § 93 del BGB), sino a que, al ser dichos hornos partes del inmueble, sólo pueden ser objeto de hipoteca común o inmobiliaria, debiendo regirse por la Ley hipotecaria de 8 de Febrero de 1946. No creemos, por otra parte, aplicable a los hornos en cuestión el artículo 20, “in fine”, de la LHM.

que tantas veces hemos hablado: destinación (repárese en la expresión «colocados...para»), relación de subordinación (adorno, comodidad, explotación, servicio) y permanencia. Lo que ahora debemos hacer notar es que unas cosas, que podríamos denominar provisional y genéricamente «accesorios» (50), no se entienden hipotecadas junto al inmueble principal salvo pacto expreso o disposición legal en contrario. ¿Cuál es el fundamento de esta norma? ¿Se basa en una presunción de la voluntad de la partes? ¿Se pretende dar fijeza a la cuantía del capital que garantiza la deuda? (51). Sea cual sea la «ratio», ahí tenemos un precepto que se opone a la regla generalmente admitida como nota distintiva de la figura. Adviértase, además, que, al ser regulada la extensión de la hipoteca en el Código civil, aunque no encontramos una norma que excluya expresamente los accesorios, tampoco los incluye la norma que se refiere al tema, es decir, la del artículo 1.877. Está, por consiguiente, clara la intención del legislador español sobre el supuesto en examen.

Dentro del Derecho inmobiliario registral encontramos otra referencia a los bienes accesorios de otros en el artículo 44 del vigente Reglamento hipotecario; nos ocuparemos de este artículo al plantear el problema de la admisibilidad de la pertenencia inmueble en nuestro Derecho y al tratar el tema de las relaciones entre accesorios y empresa o explotación. Entonces aludiremos también, entre otros, al artículo 2, 2, 2.º del vigente Reglamento de arrendamientos rústicos de 29 de abril de 1959.

Parece referirse también a las pertenencias— dado que tal vez podamos entender implícitos los requisitos comentados— el artículo.

(50) ROCA SASTRE (“Derecho hipotecario”, 6.ª ed. Tomo IV-1.º, Bosch Barcelona, 1968) dice que tales elementos accesorios a los que alude el artículo 111, 1, LH, son las llamadas “pertenencias” (pág. 485). Nos parecería, en principio, que, si el efecto jurídico de seguir el destino de la cosa principal en los actos jurídicos cuyo objeto sea ésta es elemento integrante del concepto de pertenencia, no podemos denominar “pertenencias” a los objetos a los que alude el artículo 111, 1, LH. La pertenencia es un concepto jurídico, no económico; en otros términos, no podríamos decir: “En el caso de hipoteca inmobiliaria, las pertenencias del inmueble no se consideran hipotecadas con éste”; sino: “Dado que los objetos destinados permanentemente al servicio del inmueble no se entienden hipotecados con él salvo declaración en contrario, no son pertenencias”. Nuestra observación tiene, sin embargo, sólo un carácter metodológico, puesto que, como veremos, los objetos que reúnan los requisitos mencionados por la doctrina dominante y recogidos en el artículo 111, 1, LH., aunque no se entiendan hipotecados con el inmueble, sí siguen el destino de éste en otros tipos de negocios jurídicos. Relativismo frecuente en cualquier figura jurídica. Por ello, la expresión de ROCA SASTRE es correcta.

(51) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 19 de noviembre de 1943 considera que, por el contrario, sería conveniente que los accesorios entrasen en la hipoteca: ello produciría “un favorable desarrollo para la industria, una fuente de recursos para los necesitados de numerario y una garantía más firme y sólida para los acreedores” (Considerando 6.º). BONET-RAMÓN, al comentar precisamente esta resolución (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 175, 1944, págs. 459 ss.) dice, muy acertadamente a nuestro juicio, que debería reformarse la ley, exigiendo el pacto expreso precisamente para excluir las pertenencias de la hipoteca (pág. 466).

43.3, del citado Reglamento de arrendamientos rústicos, que, al regular la aparcería, entiende comprendidos en el concepto de «capital de explotación», entre otras cosas, «abonos, simientes, piensos y forrajes, ganado lanar, aperos y maquinaria, medios de transporte, prestación o pago de jornales y cuanto de alguna manera contribuya a la obtención de los productos de la finca».

Rechazando la idea de que los artículos 449 y 1.770 del Código civil tengan algún interés a la hora de afrontar el estudio de nuestro tema (52), es preciso prestar atención a los artículos 1.097 y 883 del citado cuerpo legal. El primero de ellos dice: «La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados». El segundo establece: «La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador». El artículo 1.097, de valor muy general, se refiere a todas las obligaciones de entregar una cosa determinada (53), sea cual sea la causa generadora de éstas; el artículo 883 contempla un supuesto mucho más concreto, el de la obligación del heredero —o del legatario (art. 858)— de la entrega de la cosa legada. Parece que el artículo 883 es mera deducción del artículo 1.097.

Estos textos legales fijan el efecto, tantas veces mencionado, de que los accesorios, en caso de ausencia de manifestación de voluntad en contrario, siguen a la cosa principal en los actos jurídicos cuyo objeto sea ésta; es indudable, por otra parte, que tales accesorios pueden ser objeto de relaciones jurídicas separadas como cosas independientes, según permite nuestro sistema; pero el problema consiste en saber si estos efectos sólo se confieren por nuestras leyes a las cosas en las que concurren los requisitos que hemos considerado como caracterizadores de la cualidad de pertenencia o si, por el contrario, tales efectos son conferidos también a otras cosas que no reúnan tales requisitos; en otros términos, si la palabra «accesorios» —empleada en los artículos 1.097 y 883— significa «pertenencias» o si, por el contrario, tiene un contenido mucho más amplio. La solución de este problema es el comienzo de la exposición del núcleo de nuestro trabajo.

La doctrina extranjera propone abundantes distinciones al estudiar el fenómeno de las cosas compuestas y el de la accesoriidad. Recuérdese, a título de ejemplo, la tabla elaborada por Contursi-Lisi, en la que se diferenciaban entre sí las «partes rei», los «accesorios instrumentales», las «pertenencias necesarias» y los «accesorios negociales» (54). La doctrina española se ha dividido mucho en tal sentido.

(52) En efecto, el artículo 449 alude a los «muebles y objetos que se hallen dentro de una cosa raíz», sin que se refiera a relación de servicio alguna entre ésta y aquéllos. El artículo 1.770, en su párrafo 1.º, tiene un contenido excesivamente amplio para que de él podamos extraer conclusiones útiles para nuestra investigación.

(53) Creemos que el artículo 1.097 no se refiere exclusivamente a las obligaciones específicas; la obligación de entregar una máquina de determinada clase o marca, que es una obligación genérica, comprende la de entregar sus accesorios.

(54) Op. cit., pág. 145.

Manresa no se ocupa de las pertenencias, exigiendo para los accesorios, a los que aluden los artículos en cuestión, requisitos semejantes a los que se exigen entre los autores extranjeros para las pertenencias; en efecto, a propósito del artículo 1.097, opina que son accesorios «aquellas cosas que, destinadas al adorno, al uso, a la conservación de otra de más importancia, tienen por destino ayudar a que se cumpla el de ésta, para lo cual son medio indispensable o conveniente» (55), refiriéndose luego a la necesidad de permanencia de la relación (56); es cierto, no obstante, que, al interpretar el artículo 883, da a la palabra «accesorios» un sentido amplio, reputando cosa accesorio «la que depende de otra aun por simple voluntad del testador» (57), y que no parece identificar los «inmuebles por destino» del artículo 334 —destino que sólo puede realizar el dueño— (58) con los «accesorios» de los artículos 1.097 y 883. Roca-Sastre (59) y Hernández-Gil (60) parecen identificar «accesorios» y «pertenencias». Para Bonet Ramón (61), por el contrario, la categoría de los «accesorios» es más amplia que la de las «pertenencias», pues entran en ella los llamados «accesorios convencionales». Para Luna Serrano (62), a propósito del patrimonio familiar, las pertenencias implican una unión estable de subordinación económica con la cosa principal y los accesorios, una relación de carácter no económico. Para Lacruz Berdejo (63), la pertenencia se distingue del accesorio por carecer éste de la «vinculación objetiva» con la cosa principal que aquélla, por el contrario, tiene. En el mismo sentido se pronuncia Espín (64).

Nuestra Jurisprudencia es escasa con respecto a esta distinción. Es muy útil para orientarnos la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de junio de 1929, en la que parecen identificarse los «accesorios» y los «inmuebles por destino» del artículo 334 del Código civil, exigiéndose, por ello, para los primeros los requisitos de los segundos (65). Más dificultades nos crea la Sentencia del Tribunal

(55) Op. cit. Tomo VIII, pág. 50 (Comentario al art. 1.097).

(56) Op. cit. Tomo VIII, pág. 50 (Comentario al art. 1.097).

(57) Op. cit. Tomo VI, pág. 732 (Comentario al art. 883).

(58) Op. cit. Tomo III, pág. 26 (Comentario al art. 334).

(59) Op. cit., pág. 485.

(60) "Dictámenes", I, Madrid, 1968, págs. 63 ss.

(61) Op. cit., pág. 463.

(62) "El patrimonio familiar. Ley española de 15 de julio de 1952". Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Madrid-Roma, 1962, pág. 112.

(63) Op. cit., pág. 219.

(64) Op. cit., pág. 357.

(65) Dice su Considerando 3.º: "Considerando que los objetos muebles incorporados a las fincas por actos o manifestaciones de los titulares de un derecho real, con la aquiescencia del dueño, pueden entrar en la categoría de partes integrantes de aquéllas, si no pudieran separarse de las mismas sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, por estar unidos al inmueble de una manera fija o pueden adquirir la categoría de accesorios de la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad al amparo de un derecho real, como las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma". El Considerando 6.º también alude a la posibilidad de introducir en una finca,

Supremo de 26 de diciembre de 1956, que, a propósito de la obligación de entrega nacida de un contrato de arrendamiento, reputa «accesorios», en el sentido del artículo 1.097 del Código civil, unos terrenos circundantes de un edificio: piénsese que muchos autores europeos creen que no se puede hablar de pertenencias inmuebles. Más tarde expondremos nuestra opinión en sentido contrario y, por ello, acorde con la citada sentencia.

Si el accesorio y la pertenencia fueran conceptos distintos, es casi imposible explicar la regulación del Código civil de los inmuebles por destino. En efecto, si el término «accesorios» tuviese un contenido más amplio que el término «pertenencias», englobando dentro de sí no solamente a éstas, sino además a los llamados «accesorios negociales o convencionales», carentes de relación objetiva con la «res principalis», la categoría de las pertenencias, tal como se nos presenta en los Ordenamientos y en los autores extranjeros, no nos sirve en Derecho español, dado que para la obtención de los efectos establecidos por los artículos 883 y 1.097 no se requeriría ni la relación de servicio, ni el acto de destinación ni el propósito de permanencia. Es más, el artículo 334 del Código civil (en sus tantas veces citados números 4, 5, 6 y 7) carecería de razón de ser: piénsese que la «inmovilización» por destino que estos preceptos establecen es sólo una ficción para que el efecto de los artículos 1.097 y 883 se produzca: si para tal efecto el artículo 334 exige unos determinados requisitos, ¿cómo explicar que el mismo Código no los exija en los artículos 1.097 y 883? En otros términos, cuando el artículo 334 considera que determinados bienes son inmuebles lo hace en atención a su relación de accesoriedad con un bien inmueble por naturaleza, pero para conseguir que sigan a este bien en los negocios de que sea objeto (66); en modo alguno pretende, por ejemplo, el legislador español que un apero de labranza sea por sí solo inscribible en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria: para que sea obtenido aquel efecto, los bienes en cuestión deben reunir determinados requisitos (que, en líneas generales, coinciden con los que la doctrina dominante considera elementos del concepto de pertenencia); pues bien, si el artículo 1.097 consagra tal efecto en caso de bienes que no reúnan tales requisitos, ¿No convertiremos en ociosos los preceptos de los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 334?

Cabe pensar —en una línea de meditación puramente teórica— que el término «accesorios» al que aluden los artículos 1.097 y 883 no comprenda al de «pertenencias» o al de «inmuebles por destino», sino que sólo se refiera a aquellos bienes que Contursi-Lisi denomina «accesorios negociales», es decir, a las cosas subordinadas a otra pero ca-

con el carácter de accesorios, las cosas que directamente concurran a satisfacer las necesidades de ésta, mencionando calderas, bombas, depósitos, motores, prensas, etc.

(66) No podemos afirmar que otro de los fines de la «inmovilización» del artículo 334 C. c. sea el evitar la ejecución separada de los accesorios. Nuestro Derecho procesal, como luego veremos, no se pronuncia al respecto; creemos que tal ejecución separada es admisible.

rentes de vinculación objetiva con ella (Lacruz Berdejo) (67). ¿Para que, entonces, los requisitos del artículo 334, si el efecto por él establecido se produce también sin necesidad de que dichos requisitos concurren?

Una correcta interpretación sistemática de las normas de nuestro Código civil, impuesta por el número 1 del artículo 3 del Nuevo Título Preliminar, nos mueve a rechazar tales interpretaciones. Para que los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 334 del Código civil y la Ley 347 de la Compilación de Navarra tengan razón de ser nos parece necesario que los requisitos a los que alude el artículo 334 se entiendan comprendidos en los artículos 1.097 y 883. Esta interpretación nos parece aún más defendible cuando, alejándonos de abstrusas construcciones, fruto de una elucubración científico-jurídica meramente conceptual y artificial, reparamos en que la palabra «accesorio» implica semánticamente vinculación objetiva y permanente y que, según nuestro sistema jurídico, tal vinculación objetiva permanente debe ser obra de quien se halle legitimado a ella por ser titular de derechos sobre las cosas que entran en contacto o relación. Cuando el legislador español de 1888 redactó los artículos 1.097 y 883, al referirse a los accesorios de la cosa «X», jamás pudo pensar en un objeto que se hallase, por ejemplo, situado dentro de «X» o sobre su superficie, pero sin vinculación con «X», o cuya relación con «X» fuese meramente accidental. En otros términos, los «accesorios» de los artículos 1.097 y 883 son las pertenencias. Por ello, cuando el Código se refiere a cosas que no guardan tal vinculación con otra de mayor valor o importancia, no emplea la expresión «accesorios»; véanse a título de ejemplos los artículos 347, 449, etc.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de junio de 1929 llama «accesorios» a los bienes mencionados en el número 5.º del artículo 334 del Código civil, lo cual refuerza nuestra opinión (68). La Resolución de 19 de noviembre de 1943 denomina «pertenencias» a los «inmuebles por destino» mencionados en el artículo 334 citado (69). No creemos que la antes referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1956, que reputaba «accesorios» —a los efectos del artículo 1.097— unos inmuebles, obstaculice nuestra construcción, dado que:

- a) En todo caso se trata de una sentencia aislada.
- b) A pesar de lo afirmado por algunos autores (70), no es doc-

(67) Op. cit., pág. 219.

(68) Recuérdese nota 65.

(69) En su Considerando 5.º se afirma: "... en la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino, especificadas en los números 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 del Código civil, y por lo que hace referencia a la hipoteca, los artículos 110 y siguientes de la Ley permiten la extensión a tales pertenencias, si media pacto expreso para ello".

(70) Por ejemplo, ANDREOLI (op. cit., pág. 117). ROCA SASTRE (op. cit., página 485). BONET RAMÓN (op. cit., pág. 463). LACRUZ BERDEJO (op. cit., página 219).

trina unánimemente aceptada que las pertenencias deban ser forzosa-mente bienes muebles. Nuestro Derecho positivo, como posteriormente demostraremos, admite las pertenencias inmuebles y, tal vez, el hecho de que bienes incorporales puedan ser reputados pertenencias.

c) Si bien debemos identificar «pertenencias» y «accesorios», no está claro que podamos identificar esta figura con la de «inmuebles por destino», pues, como vimos a propósito del artículo 334, número 9.º, cabe pensar en inmuebles por destino que no sean pertenencias ni accesorios, es decir, que una cosa sea reputada inmueble por destino a causa de un hecho distinto de su subordinación a un inmueble por naturaleza.

De todo lo afirmado, extraemos la conclusión de que, ya sea con el nombre de «pertenencias», ya sea con el de «accesorios», debemos considerar acogida esta figura en nuestro Derecho. Es cierto que en algunos supuestos, ante los requisitos estudiados, la Ley no concede el principal efecto que caracteriza a la categoría: recuérdese el artículo 111, número 1.º, de la Ley hipotecaria. Pero las categorías jurídicas no son leyes físicas, sino sólo fórmulas explicativas de normas que regulan fenómenos similares entre sí, pero que, a veces, contienen diferencias que justifican soluciones diversas e incluso opuestas. Creemos aplicable a este caso el brocardo —no jurídico, sino casi popular— «la excepción confirma la regla». Disentimos abiertamente, por tanto, de la opinión de Clemente de Diego (71), según la cual cabe inducir del precepto del artículo 111, núm. 1.º, de la Ley hipo-

(71) CLEMENTE DE DIEGO, F.—“Instituciones de Derecho civil”. Tomo I, Madrid, 1959 (rev. por COSSÍO y GULLÓN (pág. 272). BALLARIN (op. cit., páginas 159, 160 y 161) cree que ni en los negocios “inter vivos” ni en los “mortis causa” la pertenencia sigue el destino de la cosa principal en ausencia de pacto, aludiendo al artículo 111 LH. Invoca también a favor de su tesis los artículos 1.289 y 347 del C. c. Insistimos en que el artículo 111 tiene carácter de norma excepcional no siendo susceptible de aplicación analógica ni de interpretación extensiva; el artículo 1.289 —en sede de interpretación de los contratos— sólo se aplica tras la imposibilidad de aplicar otras reglas interpretativas y en el caso de que no exista norma alguna —como la del artículo 1.097, por ejemplo— que se pronuncie sobre el tema; por último, la invocación del artículo 347 es desafortunada, puesto que no se refiere a los accesorios, sino a cosas que “se hallen en otras”, sin que el texto legal se refiera a ninguna relación objetiva de servicio; en sentido favorable a nuestro criterio véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1954, en materia de reversión de bienes dotales profecticios: una madre entrega a su hija varios inmuebles —que son sede material de diversas industrias— para que los dé al marido como dote inestimada; fallecida sin testar la hija, la madre, heredera, reclama, además de la herencia (salvo la cuota viudal), la devolución de los inmuebles dados en dote: “... de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 334, número quinto, del Código civil, se han de considerar inmuebles no solamente los edificios y saltos de agua, sino también la maquinaria que con los edificios forma el conjunto de bienes organizados para la explotación, industria dada en concepto de dote profecticia inestimada ...” (Considerando 8.º). La madre reclama los accesorios citados junto con las fincas; Juzgado y Audiencia fallaron a favor de la demandante, entre otros puntos en este de los accesorios, considerando que no se incorporaban al usufructo viudal; el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

tecaria un principio general aplicable a otros negocios diferentes de la constitución de hipoteca, según el cual las pertenencias, en ausencia de pacto expreso, no siguen a la «res principalis» en los actos de los cuales sea objeto. Se oponen a ello artículos de valor mucho más general que el citado, como el 334, el 883 y el 1.097 del Código civil, a pesar de que este prestigioso autor descarte expresamente la importancia de los dos últimos artículos mencionados basándose en que el término «accesorios», contenido en ellos, se utiliza con falta de sentido técnico en el Código, al utilizar éste la misma palabra para designar, en los artículos 375 y siguientes, a verdaderas «partes integrantes»; hemos de advertir, en contra, que los «accesorios» a los que aluden los artículos 1.097 y 883 nada tienen que ver con la «cosa accesoria» de los artículos 375 y siguientes, que regulan la accesión entre bienes muebles: en caso de accesión, cabe hablar de cosa accesoria y de cosa principal antes de la unión, pero no después de ésta; y antes de la unión no existe vínculo alguno. Se trata, pues, de figuras jurídicas diferentes. Por otra parte, la posibilidad de vida jurídica separada de la pertenencia a la que Clemente de Diego alude para reforzar su afirmación de no admisibilidad de la categoría, es, por el contrario, un indicio más de su admisibilidad, pues tal vida separada es otro de sus efectos característicos, como tantas veces hemos dicho.

LOS REQUISITOS DE LA CUALIDAD DE PERTENENCIA EN NUESTRO DERECHO

Sentada ya la idea de la general admisibilidad de los accesorios o pertenencias en Derecho español, vamos seguidamente a estudiar de modo somero cada uno de los requisitos a los que tantas veces nos hemos referido y algunos problemas que el tema plantea o que pueden considerarse conexos a éste: en esa sede aludiremos a las pertenencias en Derecho procesal, a las llamadas «pertenencias necesarias», a la función de los accesorios en los casos de explotaciones y empresas mercantiles, industriales o agrarias, a la relación que puede existir entre algunos efectos de la cualidad de pertenencia y la interpretación del negocio jurídico cuyo objeto sea la cosa principal y, sobre todo, a los diversos —y, a veces, graves— conflictos de intereses que la relación pertenencial puede originar.

A) LA DESTINACION

Hemos dicho anteriormente que, según la doctrina europea dominante, para que una cosa sea reputada pertenencia de otra es necesario que aquélla esté destinada permanentemente a prestar un servicio a ésta, doctrina presente, en líneas generales, en nuestra Legislación. Pero *destinación, relación de servicio y permanencia* no son tres requisitos aislados; por el contrario, se presentan unidos en un solo supuesto de hecho —la afectación estable de una cosa al servicio de

otra—, lo cual no impide que se trate de conceptos diferenciables entre sí y que debamos estudiar por separado, aludiendo, no obstante, a las necesarias interconexiones.

Comencemos por la destinación. ¿Es mero hecho jurídico? ¿Es acto? ¿Es negocio? Esta cuestión se halla íntimamente ligada a la concepción que tengamos sobre el fenómeno pertenencial, es decir, dependerá de que adoptemos una posición objetivista, como Andreoli, o subjetivista, como Contursi-Lisi.

Los textos legales españoles acostumbra, al establecer que una cosa siga a otra principal en los actos cuyo objeto sea ésta, a exigir que la destinación sea obra del propietario de ambas cosas o de alguna de ellas, preferentemente de la principal: véanse, por ejemplo, los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 334 del Código civil; a veces, lo que se exige es que los bienes accesorios pertenezcan al propietario del bien principal en el momento de la enajenación de éste o del establecimiento del gravamen sobre él (arts. 576 del Código de comercio y 21 de la Ley de hipoteca mobiliaria); en suma, parece que en nuestro Ordenamiento no es indiferente la persona que produzca el vínculo entre las cosas de que se trate y que, para la producción de los efectos característicos de la figura, la cosa accesoria debe tener un determinado titular. Corroboran esta opinión algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, como la de 19 de noviembre de 1923 y la de 29 de mayo de 1952, por ejemplo, que se refieren a la necesidad de que haya sido el propietario el que haya realizado el acto de destinación (72); en un sentido similar se pronuncia la doctrina española: así: Bonet Ramón (73), Hernández-Gil (74), Clemente de Diego (75), Castán (76), etc. Creemos —haciendo ya una afirmación de carácter

(72) La Sentencia de 29 de mayo de 1952 aclara que es admisible que el acto de destinación sea materialmente realizado por persona distinta del legítimo, pero con su anuencia, aunque sea tácita. La sentencia se refiere al supuesto del arrendatario de empresa industrial que destina bienes al servicio de ésta con el consentimiento del propietario de dicha empresa. Como dijimos, creemos que el mismo arrendatario podría realizar tal destinación “proprio nomine”. Sobre la legitimación del propietario podemos ver algunos acuerdos del Tribunal Económico-Administrativo Central, en sede de Impuesto de Derechos Reales, acuerdos en los que se aplica el artículo 334 del Código civil, incluso con preferencia al Derecho administrativo, según dice el mismo Tribunal: véanse, por ejemplo, los acuerdos de 10 de abril de 1951, 7 de julio de 1953 y 25 de mayo de 1954, entre otros.

(73) Op. cit., págs. 463 y 464.

(74) Op. cit., pág. 67.

(75) Op. cit., pág. 271.

(76) CASTÁN TOBEÑAS, J.—“Derecho civil español, común y foral” (Tomo I.º, Vol. II, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1963, pág. 569). CASTÁN afirma que es requisito de la cualidad de pertenencia el vínculo de afectación permanente, por lo que esa afectación “ha de provenir, no de quien sólo goce temporariamente de la cosa principal (como el arrendatario o el precarista), sino precisamente del propietario o quien posea “animus domini”, como el poseedor de buena fe o el enfiteuta” (pág. 569 citada). El razonamiento quiebra al considerar incompatible la estabilidad o permanencia de la relación objetiva con un derecho personal como el del arrendatario. Por supuesto que cabe permanencia del vínculo creado por un arrendamiento. Sobre la admisibilidad de la destinación realizada por el poseedor de buena fe no conviene tratar en este lugar.

general, que inducimos de estos preceptos, resoluciones y pareceres doctrinales— que se requiere, en Derecho español, una determinada legitimación para realizar válidamente la destinación; es decir, para que una cosa, al ser destinada al servicio de otra, acompañe a ésta, en ausencia de pacto, en los negocios de los cuales sea objeto la segunda, se precisa que la destinación sea obra de una persona que tenga determinados poderes jurídicos sobre las cosas en cuestión. Ello nos indica que debemos adoptar una postura mínimamente «subjetivista» y que la destinación no es mero hecho jurídico, sino que, como mínimo, podemos hablar de un «acto jurídico de destinación»; pero de esto trataremos después. Ahora nos preguntamos: ¿Qué poderes debe tener el destinante? ¿Quién está legitimado para convertir una cosa en pertenencia de otra? No creemos que sea necesario ser propietario de ambas cosas; por el contrario, nos parece que bastará tener sobre ellas un derecho —real o personal— suficiente para ello: es decir, deberá tratarse de un derecho que implique o contenga facultades de uso sobre las cosas de modo que su titular pueda, con arreglo a Derecho, intervenir sobre ellas utilizándolas al menos conforme a su naturaleza; así, para convertir un determinado objeto en pertenencia de un inmueble será preciso ser propietario de aquél, o bien usufructuario, arrendatario o comodatario; pero no podrá hacerlo un depositario del objeto mueble, ni quien posea éste en prenda; del mismo modo, la destinación deberá ser obra del propietario del inmueble, o bien del arrendatario, usufructuario, usuario, habitacionista o enfiteuta; pero no podrá realizarla, por ejemplo, el titular de un derecho real de hipoteca sobre dicho inmueble. En otros términos, el acto de destinación convertirá una cosa en pertenencia o accesorio de otra cuando tal acto se halle en la órbita de poderes o facultades que su autor tiene sobre las cosas entre las cuales el vínculo de subordinación va a establecerse. Esta afirmación, acorde a nuestro juicio con los principios que informan nuestro Ordenamiento jurídico, puede producir cierta perplejidad a quien, recordando muchas disposiciones comentadas, recuerde asimismo que los actos de disposición sobre la cosa principal implican disposición de la accesoria: piénsese en el supuesto de destinación de una máquina trilladora a una finca realizada por el propietario de ésta y arrendatario de aquélla; si el disponente entrega al adquirente de la finca la máquina trilladora en propiedad, el derecho del propietario de ésta quedaría vulnerado. La invocación del artículo 464 del Código civil no nos parece adecuada. Pero sobre este conflicto de intereses y sobre otros semejantes hablaremos más adelante.

Si se precisa una cierta legitimación para operar la destinación es claro que ésta constituye un acto necesariamente consciente y voluntario, es decir, que la destinación es un acto jurídico, no un mero hecho jurídico, como sostienen algunos partidarios de la tesis objetivista (77); no es, sin embargo, negocio jurídico, pues el destinante, al actuar, pretende el acto en sí mismo, y no sus efectos jurídicos; es decir, no se dedica una máquina al servicio permanente de una industria para que

(77) Por ejemplo, ANDREOLI (Op. cit., pág. 220).

al enajenarse ésta sea enajenada con ella la máquina, sino para el mejor funcionamiento de la industria: precisamente es este buen funcionamiento el fundamento del efecto jurídico citado, que no es querido directamente por el destinante. Dicho con el lenguaje de Campagna (78), el fin práctico perseguido se obtiene con el acto mismo, y no gracias a sus efectos jurídicos, aun cuando éstos puedan servir a fines prácticos de futuros adquirentes.

Esta cuestión nos conduce directamente a la mencionada polémica entre «objetivistas» y «subjetivistas», en torno al problema del fundamento de la cualidad de pertenencia. Ya hemos afirmado que la relación pertenencial es una relación entre cosas, una relación de subordinación, concretamente: la necesidad de relación de servicio es innegables y sin ella, aunque se dé propósito manifestado de crearla, los efectos de la relación pertenencial no se producen, es decir, no hay pertenencia. No se trata de que exista un nuevo objeto de derechos (la «unidad pertenencial», como la llama Andreoli) (79), sino una relación de servicio entre dos posibles objetos de derechos. Ahora bien, la citada relación debe operarse por una conducta consciente y voluntaria de la persona legitimada «ad hoc». Sólo el titular de un derecho de goce sobre las cosas principal y accesoria puede crear tal relación. Y ese titular debe actuar con voluntad libre y con el propósito de que tal vínculo sea estable.

No insistimos, pues, en la preeminencia del elemento objetivo (Andreoli) ni en la del subjetivo (Contursi-Lisi, Rasi). Ambos elementos son necesarios: sin relación de subordinación no se puede hablar de pertenencia; sin voluntad del titular de derechos sobre las cosas de que se trate, tampoco: por ello, el fenómeno pertenencial es objetivo y subjetivo al mismo tiempo, al menos en nuestro Ordenamiento.

Estimamos, sin embargo, que con las afirmaciones precedentes no queda suficientemente expuesto el juego de los dos elementos entre sí, es decir, el modo en que se combinan para producir el efecto establecido en la Ley. Una vez más es obligado acudir a las aportaciones de la doctrina extranjera: para Bassanelli (80), el vínculo entre las dos cosas es sólo la objetivación de la voluntad de destinar, es decir, el contenido del acto subjetivo de destinación: la relación de servicio, según este ilustre autor, no es un requisito distinto del acto de destinación, sino sólo la faceta objetiva de éste, que es un único requisito. Para Carrozza (81), por el contrario, la destinación y la relación de subor-

(78) CAMPAGNA, L.—“I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale”. Milano, Giuffrè, 1958, *passim*.

(79) Op. cit., pág. 265.

(80) BASSANELLI, E.—“Corso di diritto agrario”, Milano, 1946, págs. 110 y siguientes.

(81) CARROZZA, A.—“Sul procedimento di «destinazione pertinenziale””. Riv. diritto agrario, octubre-diciembre, 1967, págs. 767 ss. Giuffrè, Milano. Sin arriesgarnos a una traducción peligrosa, transcribimos, en la lengua original, la opinión de este autor expresada en la página 769: “Alle pertinenze, infatti, occorre estendere l'osservazione che ritengo valida per i miglioramenti: essere la fattispecie composta dalla combinazione di un atto (l'atto di destinazione pertinenziale, appunto) con un fatto decisamente esterno all'atto e separamente

dinación son requisitos diferentes entre sí y necesarios para la cualidad de pertenencia. Son diferentes porque uno de ellos es un acto, y el otro, una situación persistente de hecho; el acto de destinación origina, según sugiere Carrozza, la relación de servicio que continúa existiendo después de terminar el acto de destinación: éste es un acto; aquélla, una situación permanente, efecto de ese acto.

Nuestra conformidad con uno u otro autor depende del concepto que tengamos de la destinación: si creemos que es un acto de realización instantánea de tal manera que, al finalizar, comienza la relación de servicio como vínculo permanente, debemos optar por la opinión de Carrozza; en tal hipótesis, la voluntad continuaría manteniendo la relación de servicio, pero esa voluntad permanente no constituiría destinación. Si, por el contrario, creemos, que la destinación es un acto continuado, nos parecerá más acertado el criterio de Bassanelli: y precisamente es esto lo que pensamos: la destinación, en efecto, no es algo que consista en un acto instantáneo, solemne y de significado inequívoco, sino que es una afectación habitual, una conducta, un acto jurídico «permanente» (como diría Carnelutti) (82). La afectación de una determinada máquina a una explotación agrícola no termina cuando es colocada en ella; cada día que la máquina se usa, se destina a la explotación. Si es claro que la voluntad del titular o de los titulares de derechos sobre las cosas que integran la relación pertenencial debe existir para mantener viva dicha relación, como afirma, entre otros, Contursi-Lisi, parece sumamente artificial afirmar que tal voluntad, unida a la conducta consistente en mantener la relación de servicio, no es acto de destinación. Terminado el acto —continuado— de destinación, termina la relación de servicio y, por ello, una cosa deja de ser pertenencia de otra.

¿Debemos deducir de lo dicho que la relación de servicio no es un requisito diferente de la destinación? ¿Es sólo aquélla la objetivación de ésta? Ciertamente la relación de servicio es «lo realizado» en virtud de la destinación, es decir, el contenido del acto permanente de destinación. Nos manifestamos, por ello, de acuerdo con la opinión de que la mencionada relación es la objetivación del acto permanente anticipado. Destinación y relación de servicio son facetas de un mismo evento y elementos inescindibles; no obstante, nos parece conveniente tratar la relación de servicio separadamente, e incluso hablar de ella

individuabile, che in questo caso è piuttosto una situazione (persistente) di fatto e cioè l'oggettivo collegamento economico, detto anche rapporto di servizi, dell'una con l'altra cosa, che realizza la loro unificazione in un oggetto unico, o meglio in un unico «bene» costituente un rapporto unitario di diritto. Così la fattispecie è ipotizzata dalla norma; e se la fattispecie concreta si rivela sprovvista dell'uno (atto) o dell'altro elemento (fatto), non produce gli effetti astrattamente previsti; insomma ciascuno dei due elementi appare necessario, da solo, non sufficiente".

(82) CARNELUTTI.—"Teoría general del Derecho". Trad. española. Ed. Rev. D.º Priv. Madrid, 1955, págs. 386 y 387. Nos parece más realista esta postura que la consistente en afirmar, siguiendo a CONTURSI-LISI (op. cit., pág. 57), que el acto de destinación es instantáneo y que lo permanente es la voluntad de los actuantes en el relación pertenencial, voluntad que "mantiene" el vínculo.

como de un requisito de la cualidad de pertenencia que debe ser añadido al acto de destinación, si la entendemos como «*posibilidad objetiva*» de que dicha destinación pueda existir: si un determinado bien, por su naturaleza o por sus condiciones particulares, no puede en modo alguno prestar un servicio a otro, el acto de destinación del primero al segundo es inconcebible o, al menos, jurídicamente irrelevante; por esto, es legítimo, a propósito del vínculo de subordinación, plantearnos en qué debe consistir (utilidad, adorno, etc.), qué tipos de bienes pueden crearlo (muebles, inmuebles, derechos, etc.).

Se nos presenta entonces la relación de servicio más como presupuesto del requisito del acto permanente de destinación, como condición de su viabilidad, que como requisito de la cualidad de pertenencia que acompaña a la destinación y al propósito de permanencia. Sin embargo, advertido esto, presentamos la relación de servicio como requisito «separado», con el fin de obtener mayor claridad y de respetar formalmente una clasificación acuñada por una tradición doctrinal que hemos adoptado como punto de referencia.

B) LA RELACION DE SERVICIO

Según hemos afirmado, debe ser entendida esta exigencia legal como «*posibilidad objetiva*» de que opere la destinación, ya que como dato de hecho no es otra cosa que la destinación misma contemplada desde el punto de vista objetivo. Consiste este requisito en la necesidad de que el bien accesorio pueda servir al uso o al disfrute del bien principal. Las leyes españolas, para expresar este requisito, hablan de «satisfacer las necesidades» de la cosa principal (Código civil y Ley de hipoteca mobiliaria, por ejemplo) o de «objetos colocados en una finca para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria» (Ley hipotecaria); a veces, la simple designación, a título meramente ejemplificador, de tipos de objetos (vasos, máquinas, utensilios, abonos, etc.) nos describe la idea que el legislador tiene sobre las notas de tal vínculo entre cosas. La pertenencia, para ser tal, sirve a la «*res principalis*» facilitando su correcta utilización, haciéndola funcionar, adornándola o incluso protegiéndola. No hace falta que sea necesaria para la cosa principal, basta con que le sea útil (83); en algunos casos el servicio sólo podrá ser realizado hallándose la cosa accesorio dentro de la principal o situada sobre ella (abonos, algunas clases de máquinas); otras veces, la misma índole del servicio implicará separación física transitoria de las dos cosas (camioneta de transportes de una fábrica, llaves de un piso, etc.); en algunos casos, el servicio re-

(83) Por ejemplo, ANDREOLI (op. cit., pág. 197). En Derecho francés, la redacción del artículo 524 del "Code Napoléon" impone, según la doctrina dominante, unas matizaciones al respecto: los objetos destinados al servicio y a la explotación del fundo (principio del art. 524) deben ser, según la Jurisprudencia, absolutamente indispensables para esa explotación; sin embargo, no se requiere ni siquiera utilidad para el fundo si el mueble de que se trate es "attaché au fonds à perpétuelle demeure" (final del artículo 524): MAZEAUD y JUGLART (op. cit., pág. 229).

querirá unión física con la cosa principal (radio de un automóvil, forro de plástico de un libro), pero generalmente dicha unión no existirá. Lo importante es que los bienes de que se trate concurren a satisfacer «directamente» (como dice el número 5.º del art. 334 del Código civil) las necesidades de la cosa principal (o a prestarle utilidad o adorno) y no las del propietario de ella (84): sin relación entre las cosas no cabe «accesoriedad».

El tema de la unión física suscita el problema, que abordamos seguidamente, de la distinción entre «pertenencias» y «partes de cosa». Para algunos autores (85), en contra de lo que líneas atrás hemos afirmado, no es posible que la relación de subordinación entre pertenencia y «res principalis» sea actuada mediante la unión física de ambas, pues ello convertiría a aquélla en «pars rei»; según esta orientación doctrinal, el criterio de distinción entre pertenencia y parte de cosa es la unión material; podemos hallar base para el sostenimiento de esta tesis en las expresiones de muchos textos legales españoles y extranjeros: piénsese, por ejemplo, en el número 3.º del artículo 334 tantas veces mencionado, que califica de inmueble —por incorporación— «todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto»; es ésta además la tesis —al menos formalmente— manifestada por el Tribunal Supremo (vg.: en las sentencias de 18 de mayo de 1956 y de 18 de marzo de 1961) y por la Dirección General de los Registros (Reso-

(84) Se trata de la vieja distinción entre “pertenencias de la cosa” y “pertenencias del propietario” (“instrumentum fundi” e “instrumentum aedis”). El camión de una explotación industrial es pertenencia de ésta, pero no lo es el automóvil particular del dueño de la explotación.

(85) ANDREOLI (op. cit., pág. 214); RASI (op. cit., págs. 328 y 339); véase sobre el tema la clasificación de teorías expuestas por BALLARIN (op. cit., página 156). Una perspectiva en cierto modo nueva sobre el tema daba la Ley de Patrimonios familiares de 15 de julio de 1952, que, imitando al Código civil alemán, establecía una categoría llamada “partes integrantes no esenciales” (art. 2.º). LUNA SERRANO (op. cit., pág. 112) distinguía, a la luz de dicha Ley, las “partes integrantes no esenciales” de las pertenencias: “... las partes que llamaremos integrantes no esenciales no sólo tienen una relación objetiva estable y una subordinación o dependencia económica con las cosas integrantes esenciales, como las pertenencias, sino que, a diferencia de éstas, deben existir en todo caso y su conexión con el objeto principal, ahora con las partes integrantes esenciales, no tiene su razón jurídica en la determinación del dueño de las cosas, sino en el ministerio de la ley”. Sin pronunciarnos aquí sobre esta opinión de LUNA SERRANO, es preciso advertir que la mencionada Ley de 15 de julio de 1952 se halla derogada por el vigente texto refundido de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto de 12 de enero de 1973. Véase en este sentido su disposición final derogatoria. El Patrimonio Familiar es regulado por este importante texto refundido en sus arts. 36 a 42, que no afrontan el tema de las pertenencias y de las partes integrantes no esenciales. Es el Patrimonio Familiar un régimen potestativo (art. 36, 1); por otra parte, “El Patrimonio Familiar constituirá una unidad económica integrada por las tierras a él adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, ganado, instalaciones y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación”—dice el inciso 1.º del núm. 2.º del citado art. 36 del texto refundido vigente—. La referencia a los accesorios y pertenencias es muy genérica y no merece comentario minucioso alguno.

lución de 15 de junio de 1929). Creemos que, no obstante todo lo dicho, no es admisible, a no ser como criterio orientador complementario: es obvio que entre las piezas del juego de ajedrez no existe unión física y es obvio asimismo que cada pieza es parte del juego, no pertenencia o accesorio de éste (86); algunos autores (87), que rechazan abiertamente el criterio de la unión física o «coniunctio», proponen otro diferente, más sutil y funcional, basado en la igual o distinta posición «jerárquica» que ocupen las cosas que entren en relación: las «partes de cosa» son recíprocamente necesarias entre sí para constituir la cosa; en cambio, las pertenencias están subordinadas a la cosa a la que sirven; las «partes de cosa» se hallan a un mismo nivel; las pertenencias, por debajo de la cosa principal; las «partes de cosa» no se sirven o se sirven recíprocamente; las pertenencias sirven a la «res principalis» y no son servidas —en línea de principio— por ésta (88). En estrecha relación con esta teoría está la de la «perfectio»: las «partes rei» integran la cosa, de modo que la falta de una de ellas hace que la cosa no esté completa, siendo la pertenencia algo que complementa la cosa, le da utilidad o la adorna; la pertenencia es un elemento que no participa en la constitución orgánica de la cosa compuesta; las pertenencias, aunque estén vinculadas a un bien prestándole un servicio, no contribuyen —como las «partes rei»— a la formación de su estructura fundamental, no entran en el proceso lógico de percepción intelectual del bien contemplado en sus líneas básicas, físicas y económicas (89); continuando con la exposición del criterio de la «perfectio», no es que las «partes» sean necesarias para el normal funcionamiento o la normal utilización de la cosa, sino que colaboran a formarla: los aperos de labranza son accesorios necesarios de una finca, pues sin ellos no puede ésta cultivarse, pero en modo alguno son partes integrantes de la finca, pues ésta es conceptualmente imaginable sin aquéllos: en todo caso, tales útiles de trabajo serán partes integrantes de la explotación agrícola, pero éste ya es otro tema, en el que después nos detendremos. Creemos que el criterio de la «perfectio» es el adecuado para distinguir los accesorios o pertenencias de las partes de cosa. El criterio de la posición jerárquica nos parece muy útil y complementario del adoptado y por supuesto es más aceptable que el de la unión física; pero, llevándolo a límites extremos —y creemos que contrarios a las previsiones de los autores que lo defienden— puede conducirnos a conclusiones desafortunadas: las ruedas de un automóvil desempeñan una función inferior a la del motor o a la de la carrocería; y, sin embargo, nadie diría que son pertenencias del vehículo; la fórmula de la «perfectio» es, a nuestro juicio, la que mejor expresa no sólo la representación mental que toda persona se hace al oír hablar de partes y de accesorios,

(85) CLEMENTE DE DIEGO, F. (op. cit., pág. 270).

(87) CONTURSI-LISI, L. (op. cit., págs. 79 ss.).

(88) Es curiosa en este sentido la opinión de ANDREOLI, según la cual no hace falta subordinación —sino sólo "rapporto economico"— en caso de pertenencia de inmuebles (op. cit., pág. 194). No compartimos tal parecer.

(89) RIGHETTI: "La compravendita della nave"; Padova, 1961, pág. 28. Véanse además autores citados por BALLARÍN (op. cit., pág. 156).

sino también la voluntad del legislador al utilizar dichos términos. Con esta visión lógica y actualizadora debemos estudiar los preceptos y las resoluciones judiciales antes citadas.

La relación pertenencial debe ser, pues, una relación que significa servicio, pero no integración. No obstante, aún debemos decir más sobre el vínculo pertenencial: no hablaremos en este lugar sobre la supuesta necesidad de la estabilidad o permanencia del vínculo, pues no es preciso que este vínculo sea estable, sino que la persona que realiza la destinación tenga un propósito de que lo sea y que manifieste tal propósito por el modo en que constituye ese vínculo; la permanencia no es atributo del vínculo, sino contenido de la voluntad del destinante que se exterioriza en el vínculo mismo. Por ello estudiaremos ese requisito aparte. Sí debemos referirnos, sin embargo, al problema de la exclusividad: el servicio «directo» a la «res principalis» no requiere, según la mayoría de los autores (90), dicha exclusividad: un tractor puede prestar servicio a dos fincas de dueño diferente y es «pertenencia» de ambas; las divergencias comienzan a la hora de proponer soluciones a los problemas que plantean los actos dispositivos sobre cualquiera de las dos fincas. Más tarde nos ocuparemos de estos posibles conflictos de intereses. Lo que ya advertimos es que no consideramos necesaria la exclusividad: lo mismo que la interrupción transitoria del servicio no desprovee a una cosa de la cualidad de pertenencia: el citado tractor, cuando sirve al fundo A, no sirve, en principio, al fundo B, lo cual no impide que siga siendo también entonces accesorio suyo.

La relación de servicio debe ser reconocible, pues sólo lo exteriorizado crea expectativas e intereses dignos de consideración y produce la necesidad de protección de la confianza de los terceros (91): según la opinión más generalizada, el hecho de la situación de la cosa en el inmueble al que sirve no es requisito de la cualidad de pertenencia, salvo cuando es el único medio de hacer ostensible la relación de servicio: sucede esto en el caso del número 7.º del artículo 334 tantas veces citado: para que los abonos sean reputados «inmuebles» es preciso que «estén en las tierras donde hayan de utilizarse»; ello no es exigido, sin embargo, para otros accesorios del fundo, como las máquinas o los utensilios (núm. 5.º del mismo artículo). Lo importante —tanto en el supuesto del número 5.º como en todos—, es que los bienes de que se trate concurren a satisfacer «directamente» las necesidades de la cosa principal, y no las del propietario de ésta o de aquéllos: es esto lo que los autores quieren indicar cuando se refieren al «carácter objetivo del vínculo pertenencial», que, desde luego, es imprescindible.

Por último, al hablar concretamente de la naturaleza de la relación entre las dos —o más— cosas que se hallen ligadas por el vínculo per-

(90) Por ejemplo, ANDREOLI (op. cit., pág. 198).

(91) Tal vez esta necesidad de protección de la confianza de terceros sea uno de los fundamentos de las normas que regulan las pertenencias. A favor de la exigencia de que el vínculo sea externamente reconocible se pronuncia ANDREOLI (op. cit., pág. 201).

tenencial, conviene aclarar cómo pueden ser éstas: el artículo 334 de nuestro Código civil, al movernos, en una primera observación, a una identificación entre «inmuebles por destino» y «pertenencias» reduciría los supuestos de vínculo pertenencial a las relaciones de mueble —por naturaleza— e inmueble. En nuestra opinión, la «inmovilización» es un medio técnico de afectar determinados bienes al destino de otros que responde a orientaciones ya superadas; es un medio «excesivo» (92) para obtener tal efecto. Atendiendo al estado actual de la doctrina jurídica, a razones de lógica y a la realidad social y económica del tiempo presente (art. 3, núm. 1, del Código civil) conviene intentar una interpretación actualizadora de los preceptos contenidos en el artículo 334, relacionándolos con los artículos 883 y 1.097. Creemos que el fenómeno de los accesorios, tal como aparece contemplado en diversas normas que componen nuestro Ordenamiento es más amplio y que podemos hablar también de accesorios o pertenencias de cosas muebles: piénsese, por ejemplo, en el «establecimiento mercantil» regulado en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento: el artículo 21. b) de dicha ley alude, como ya hemos afirmado, a las pertenencias del establecimiento: sí, siguiendo a Uría (93), estimamos que el «establecimiento» es una organización de bienes y derechos, siendo algo semejante a la «azienda» del Derecho italiano, podemos concluir que la LHM admite como «res principalis» de una relación pertenencial algo que no es inmueble; tal afirmación es inadmisiblesi, movidos por el criterio interpretativo de Garrigues (94) o de Olivencia (95), consideramos que el «establecimiento» de la LHM es sólo la sede física de la empresa; sea como fuere, los artículos 883 y 1.097 del Código civil no distinguen acerca de la condición del bien susceptible de ser auxiliado con accesorios. Tampoco parece probable que los citados artículos del Código civil solamente se refieran a los accesorios muebles: a pesar de lo que suele afirmarse en la doctrina extranjera (95 bis), no hallamos obstáculo alguno para pensar que, según el Derecho español —común y foral— un bien inmueble puede ser accesorio o pertenencia de otro: no sólo debemos

(92) Expresión de CONTURSI-LISI (op. cit., pág. 17).

(93) "Derecho mercantil", 9.ª ed. Madrid, 1974 (págs. 35 y 36). URÍA, identificando el "establecimiento" español con la "azienda" italiana y con el "fonds de commerce" francés, lo define como "conjunto organizado y dispuesto (aviado) para ser instrumento de la actividad empresarial" (pág. 35); más adelante aclara: "... la empresa es un modo de actividad jurídica; el establecimiento es el instrumento al servicio de actividad; la primera entra en la categoría de los *actos* jurídicos, el segundo en la de los *objetos*" (página 35).

(94) "Curso de Derecho mercantil"; tomo I, 5.ª ed. Madrid, 1968, páginas 180 ss.

(95) "Los establecimientos mercantiles y el nuevo artículo 1.413 del Código civil" (vol. IV, sec. III de las publicaciones conmemorativas del Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1963) (págs. 163 ss.); véase concretamente pág. 218.

(95 bis) En sentido contrario, recentísimamente QUARANTA: "Pretesi riflessi processuali del rapporto pertinenziale" (Riv. trim. dir. proc. civ., 1975, págs. 670 ss.). En pág. 674 este autor admite la posibilidad de relación pertenencial entre dos inmuebles.

ampararnos, para sostener esta opinión, en argumentos lógicos o en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1956, ya comentada, que reputa «accesorios» —a efectos de la aplicabilidad del artículo 1.097— unos terrenos que rodean una explotación industrial; también encontramos en preceptos de carácter general algunos ejemplos de accesorios inmuebles; así, el art. 44 del vigente Reglamento hipotecario, en sus números 2.º, 4.º y 5.º (fincas y construcciones subordinadas a edificios, dependencias de edificios, como corrales, cobertizos, etcétera) (96); el artículo 2, 2.º, del Reglamento de arrendamientos rústicos («tierras accesorias de edificios destinados a habitación») (97); los artículos 64, 66, 71, 85 y 92 de la Compilación de Derecho civil foral de Galicia (dependencias de la casa de labor y dependencias en el «lugar acasariado»; era, corrales y huerto de la casa petrucial; parte ideal del muro que circunda el «agro», etc.) (98); los artículos 54 y 85 de la Compilación de Baleares (dependencias en caso de «estatge» y de habitación) (99); el artículo 3 de la Compilación de Vizcaya (heredades y tierras que constituyan «perteneidos» de un caserío) (100); y el artículo 337, párrafo 2.º, de la Compilación de Cataluña (dependencias de la casa en la «masorevia») (101). Es cierto que estos textos

(96) El art. 44 RH permite inscribir, en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, bajo un solo número, bienes inmuebles separados físicamente y distintos entre sí, aludiendo a la posibilidad de que unos sean accesorios de otros; sin duda, sólo se habla de accesoriadad económica. Pero ¿no es esta inscribibilidad conjunta un indicio de que el ordenamiento reconoce tales vínculos objetivos considerándolos como figuras regulables específicamente? El hecho de que tal inscribibilidad conjunta se halle subordinada, según el artículo 44 RH, a que los interesados soliciten la inscripción bajo un solo número, no parece movernos a dar una respuesta negativa a la pregunta hecha.

(97) Se refiere el texto reglamentario a tierras excluidas del carácter de finca rústica, y por ello no afectadas por el régimen del vigente RAR, aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959. El texto en cuestión merece, con relación al tema que tratamos, un comentario similar al del art. 44 RH.

(98) PAZ ARES, J. C.: "Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia"; Salamanca, 1964. ID. "La Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia. Notas críticas"; Salamanca, 1964; ABRAIRA LÓPEZ, C.: "El Derecho Foral Gallego. Estudio crítico de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia". Santiago de Compostela, 1970.

(99) Los dos artículos mencionados aluden a complejos de cosas y derechos, entre los cuales puede haber relaciones de accesoriadad; tales preceptos tienen también interés con referencia al problema de la pertenencia incorporal: "¿Puede un derecho ser pertenencia o tener pertenencias?"

(100) El precepto sólo pretende excluir determinados terrenos, accesorios de un caserío, del ámbito del Derecho civil común, para incorporarlos al ámbito del Derecho civil foral de Vizcaya. Tales "heredades y tierras", por ser "perteneidos" de un caserío —ya que responden a la unidad de explotación agrícola del mismo—, se rigen por el Ordenamiento foral, aun siendo "inmediatamente contiguas a los núcleos urbanos de las doce villas (a las que se refiere el art. 2 de la Compilación) no aforadas". No parece haber obstáculo alguno para pensar que estos "perteneidos" sean pertenencias en cuanto a efectos y requisitos. El art. 12 de la misma Compilación, norma meramente interpretativa, no impide, a nuestro juicio, tal asimilación; el tema merece estudio separado que nos es imposible acometer en esta ocasión.

(101) La cuestión en el supuesto de la "masoveria" catalana merece el

no expresan con claridad si se dan los requisitos de la destinación, de la relación de servicio y del propósito de permanencia propios de las pertenencias; incluso cabría preguntarnos si no estamos ante verdaderas «partes rei». Pensamos, a este respecto, que mientras la relación de servicio se dé por decisión continuada del legitimado para ello y siempre que el inmueble accesorio no integre al principal, sino que lo sirva —aun constituyendo con él una explotación agrícola, forestal, comercial o industrial— cabe hablar de pertenencia inmueble. Será necesario estudiar cada supuesto concreto (vg., en la casa petrucial gallega, en las tierras de las que hablan los Reglamentos hipotecario y de arrendamientos rústicos, etc.) para saber si nos hallamos ante una «pars rei» o ante una pertenencia. En suma, el accesorio inmueble es algo admisible en nuestro Derecho y, como vemos, ni siquiera infrecuente.

¿Es posible que un bien incorporal, un derecho, sea pertenencia o tenga pertenencias? A primera vista, el carácter «físico», «naturalístico», de la relación pertenencial parece excluir tal posibilidad. No obstante, algunos textos de nuestro Ordenamiento jurídico vigente nos plantean serias dudas sobre ello: véanse, por ejemplo, el artículo 1.528 del Código civil (derechos accesorios de un crédito); el artículo 21, a) de la Ley de hipoteca mobiliaria (nombre comercial, rótulo, marcas, otros derechos de propiedad industrial e intelectual); y el número 6.º del artículo 44 del Reglamento hipotecario («concesiones administrativas... accesorias de otras fincas o concesiones»). Nos inclinamos por rechazar la idea de que tales preceptos aludan al fenómeno pertenencial: no vemos en los supuestos en cuestión los requisitos de la figura que estudiamos; el tratamiento jurídico de las pertenencias tiene, por otra parte, un fundamento económico diferente; sólo el caso de las concesiones administrativas del número 6.º del artículo 44 RH —que nos evoca el número 10 del artículo 334 del Código civil— merecería, en un trabajo de otra índole, una atención específica.

C) LA PERMANENCIA O ESTABILIDAD

Es ingrediente necesario, según la doctrina dominante, de la cualidad de pertenencia. Entiéndase bien este requisito: no se trata de que la ya comentada relación de servicio sea de hecho permanente, sino de que a través de unos determinados signos externos sea revelado el propósito del destinante legitimado para ello de mantener permanentemente la relación de servicio. Nuestro Derecho alude a la «permanencia» como requisito para la creación de los «inmuebles por destino» en los números 4.º, 6.º y 9.º del tantas veces mencionado artículo 334 del Cuerpo legal civil. La LHM requiere que determinados bienes estén destinados «de modo permanente» a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial para que se encuentren comprendi-

mismo comentario de la nota 99 referente a los arts. 54 y 85 de la Compilación de Baleares.

dos en la hipoteca de tal explotación (art. 21). La misma Ley hipotecaria, al excluir de la hipoteca inmobiliaria «los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada (art. 111, número 1.º) reconoce implícitamente que el requisito de la «permanencia» debe ir unido a los otros ya citados para que pueda plantearse válidamente el problema de la pertenencia y de sus efectos jurídicos más generalmente admitidos.

Nuestro Código civil nos da importantes pautas para construir este requisito del modo antes definido: el número 4 del artículo 334 exige, para la «inmovilización» de determinadas cosas, un «propósito» —«revelado» de una determinada «forma» (la colocación)— de mantenerlos en relación permanente con la «res principalis», siendo preciso que tal propósito sea de una persona específicamente legitimada para darle trascendencia jurídica: el «dueño del inmueble», según el Código, o mejor, como anteriormente dijimos, el titular de derechos aptos para dar tal destino a las cosas. El número 6 parece indicarnos que la unión —física, tal vez— («mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella») es el modo de exteriorización del propósito de destinación permanente. El número 9, que no nos presenta un supuesto de relación pertenencial pero que nos es útil a ciertos efectos, parece sugerirnos que el «propósito» debe venir revelado a través de datos objetivos determinados: objeto y condiciones de los diques y construcciones flotantes.

Creemos que todas estas expresiones de la Ley son más orientadoras que taxativas y que, en cualquier caso, para que se produzca el efecto fijado al principio del artículo 334, lo necesario es que el acto de destinación del legitimado cree una relación de servicio con unas características objetivas tales que se deba considerar exteriorizado el propósito de estabilidad de esa relación: es decir, lo exigido no es el dato fáctico y «a posteriori» de la permanencia ya acaecida; tampoco sólo el propósito manifestado de producir ésta; lo exigido es, por el contrario, que la relación de servicio exteriorice tal propósito de modo inequívoco: el modo de exteriorización variará según los casos: unas veces será la colocación en un lugar determinado; otras, la unión física; otras, la misma naturaleza de las cosas unidas, o la función que estén llamadas a desempeñar.

Por consiguiente, desde que una cosa es destinada al servicio de otra de modo tal que no exista duda acerca del propósito del destinatario de crear tal relación de servicio, hay pertenencia, aunque la relación de servicio aún no haya comenzado de hecho. La función subordinada se puede cumplir «potencialmente», como opina Andreoli (102).

(102) Op. cit., pág. 200. En el mismo sentido, QUARANTA, op. cit., pág. 677.

OTRAS CUESTIONES: LAS PERTENENCIAS EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL Y LOS LLAMADOS «ACCESORIOS NECESARIOS»

Vistos los caracteres del fenómeno de la accesoriidad en el Derecho español y antes de entrar en el estudio de algunos problemas concretos, relativos a posibles conflictos de intereses, que la exposición de tales caracteres nos ha suscitado, conviene referirnos someramente a dos puntos: las pertenencias en Derecho procesal y la conveniencia de admitir en nuestro Ordenamiento la categoría doctrinal que Lycia Contursi-Lisi denomina «accesorios necesarios».

A) *Las pertenencias en Derecho procesal español*

Sobre el primer punto debemos manifestar, ante todo, que nuestra Ley de Enjuiciamiento civil y las otras leyes procesales no regulan ni contemplan expresamente el fenómeno en estudio. No encontramos en nuestro sistema una norma tan concreta como la del artículo 515 del Código de procedimiento civil italiano, por ejemplo (102 bis). Ni en sede de proceso de ejecución ni en sede de procedimiento ejecutivo ni entre las normas concursales hallamos indicio alguno de la accesoriidad de un bien con respecto a otro. Los artículos 923, 926, 1.173, 1.174, 1.175, etcétera, de nuestra principal Ley adjetiva nos hablan sólo de «bienes» de diferentes clases, sin aclarar más; el artículo 1.449 de mismo cuerpo legal parece referirse precisamente a las llamadas «pertenencias del propietario» pero no contempla relación alguna de subordinación entre cosas; los bienes de los que hablan los artículos 1.601 y 1.602 —en sede de desahucio—, pudiendo ser pertenencias del inmueble de que se trate, no se regulan en cuanto tales; lo mismo cabe decir de algunos bienes de los que se mencionan en la norma procesal contenida en el artículo 909 del Código de comercio, en sede de quiebra.

En suma, la obligatoriedad de ejecutar la cosa con sus accesorios y la prohibición de ejecución separada de éstos no se hallan establecidas expresamente en nuestro Derecho procesal. No obstante, creemos que lo primero es admisible en nuestro sistema. No vemos, por el contrario, razón de ser de lo segundo, puesto que los accesorios pueden ser objeto de relaciones jurídicas separadas de la cosa principal. Sólo cabría discutir tal vez esta cuestión en el caso de los llamados «accesorios necesarios».

B) *Los accesorios necesarios*

Y a éstos nos referimos precisamente ahora: para Contursi-Lisi hay bienes cuya «unión con el otro bien no satisface solamente las exigencias voluntarias individuales (de utilidad o de ornamentación), sino que

(102 bis) Recuérdese la ya citada obra de QUARANTA ("I pretessi riflessi..."); para este autor, el art. 515 del C. proc. civ. italiano no alude a las pertenencias (op. cit. passim, principalmente págs. 670, 671, 672, 687, 688 y 689).

responde a una exigencia económica: el perfeccionamiento del bien principal, para cuya función económica la cosa secundaria es indispensable» (103). Estos bienes reciben el nombre de «pertenencias necesarias», teniendo para la autora citada una virtualidad mucho mayor en Derecho italiano que las «pertinenze» reguladas en los artículos 817 y siguientes del Código civil de ese país.

Según enseña Contursi-Lisi, si se omite la entrega de esos «accesorios necesarios», no entregamos «completamente» la cosa y por ello no «pagamos» en el sentido —traslademos la idea a las normas españolas— del artículo 1.157 del Código civil; podemos incurrir en «vicios ocultos» (arts. 1.484, 1.553, 1.069 y 1.681 del Código civil; 345 del Código de comercio; 31, párr. 2.º de la Ley de Sociedades Anónimas; 8, párr. 2.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y Ley 567 de la Compilación de Navarra), y no proporcionamos un verdadero goce sobre el bien que arrendamos (arts. 1.554, núm. 3.º del Código civil y 12, 2.º, del Reglamento de arrendamientos rústicos) (104). Los «accesorios necesarios» vienen a ser unas cosas imprescindibles para una verdadera «Gewere» sobre la cosa principal.

No obstante, la figura pierde interés en el seno de nuestro Ordenamiento cuando advertimos que el artículo 1.157 debe ponerse en relación con el artículo 1.097: en virtud de ello, no se «paga», en sentido técnico-jurídico, si no se entregan todos los accesorios, necesarios o no.

Sin embargo, en sede de vicios ocultos la figura tal vez pueda ser admitida: a la vista del artículo 1.484 de nuestro Código civil, cabe opinar que la falta de accesorios necesarios en la cosa vendida sea calificada en determinadas circunstancias de «vicio oculto» de ella y quepa, por esto, saneamiento; cosa seguramente no admisible en el supuesto de no entrega de accesorios no necesarios: la no entrega de éstos se regiría, como dijimos, por la regla general del artículo 1.097.

POSIBLES CONFLICTOS DE INTERESES

Seguidamente nos enfrentamos con algunos problemas que hemos suscitado antes.

Hemos afirmado que, si bien no cabe acto de destinación válido sin el requisito de que sea realizado por el legitimado, no es preciso —salvo que una norma lo exija expresa y terminantemente— ser propietario de las cosas que van a ser puestas en relación para estar legitimado para tal acto. Es, por tanto, jurídicamente admisible destinar una cosa ajena al servicio de una cosa propia o bien enajenar una cosa propia, accesoria de otra también propia, pero manteniendo después del acto de disposición el vínculo de accesoriedad, la relación de servicio: piénsese que la cosa accesoria puede encontrarse en poder del dueño de la principal, por ejemplo, a título de comodato o de arrendamiento.

(103) Op. cit., págs. 147 y 148. Véanse, más genéricamente, págs. 133 ss.

(104) Op. cit., págs. 133 ss.

En este tipo de situaciones hay problemas cuya solución parece *in mediata*: es casi evidente, por ejemplo, que el hecho de destinar una cosa ajena al servicio de otra propia no afecta al derecho del propietario de aquella, lo mismo que este hecho de destinar no afecta a los derechos que sobre la cosa accesoria tenga cualquier tercero (usufructo, hipoteca, privilegios crediticios, etc.) (105).

El planteamiento de esta cuestión nos conduce directamente al de otra más ardua: ¿Son oponibles los derechos de un tercero sobre la cosa accesoria a los terceros que adquieran derechos sobre la principal? Nos encontramos ante un claro conflicto de intereses.

No existe en nuestras leyes una solución específica para este tipo de supuestos inspirada en principios nuevos nacidos de una consideración objetiva y unitaria del fenómeno pertenencial (106). Tal solución, llevando hasta sus más extremas consecuencias una hipotética naturaleza objetiva del vínculo pertenencial, podría prescindir incluso del requisito de la buena fe en el tercero adquirente para darle preferencia sobre el titular de derechos sobre la «*res accesoria*».

Por el contrario, creemos que en nuestro Ordenamiento el tercero adquirente sólo sería protegido a través del expediente del artículo 464, párrafo 1.º, del Código civil, siendo necesario, por tanto, que la adquisición se produzca de buena fe y, según la opinión dominante, a título oneroso (107). No siendo aplicable el artículo 464 por falta de

(105) Dice textualmente ANDREOLI, con respecto al Derecho italiano vigente antes del Código de 1942: "... se mantienen inalterados los derechos de los terceros sobre las pertenencias como cosas separadas" (op. cit., página 274). El art. 819, inciso 1.º, del vigente Código civil italiano establece justamente esta solución, que creemos admisible en nuestro Derecho.

(106) En Derecho italiano parece existir, al menos a primera vista, un tratamiento unitario del problema: el art. 819, inciso 2.º, del Código civil establece, con respecto a los derechos de terceros sobre la pertenencia, lo siguiente: "Tali diritti non possono essere opposti ai terzi di buona fede se non risultano da scrittura avente data certa anteriore, quando la cosa principale è un bene immobile o un bene mobile iscritto in pubblici registri." Según BASSANELLI, dado que para él es preciso, para estar legitimado a la destinación, ser propietario de la cosa accesoria, sólo puede referirse el texto positivo en cuestión, como derechos de terceros sobre tal cosa accesoria, a la hipoteca y a los privilegios (op. cit., cap. IV); para CONTURSI-LISI es rechazable la postura "objetivista", siendo el art. 819 sólo un intento de solución a un conflicto de intereses: "Tal solución parece ser solamente —conviene repetirlo— el incierto resultado de la contemporánea acción de dos criterios. Por un lado, la tutela de la propiedad sobre la cosa secundaria y de su independencia jurídica; por otro, la tutela de la particular situación económico-jurídica pertenencial, unitaria. La disciplina actual, considerada en su conjunto, termina limitando el primer criterio en favor del segundo, sin que, por otra parte, actúe íntegramente tampoco este último" (op. cit., pág. 64). El artículo 1.153 del Código civil —correspondiente a nuestro art. 464— no es aplicable al caso (pág. 50).

(107) El art. 464 citado sería aplicable también si el propietario de la cosa principal no tuviera derecho alguno sobre la accesoria y, por ello, no hubiese estado legitimado para el acto de destinación. Pero esto excede del fenómeno pertenencial para entrar en el campo de la protección de la apariencia. La pertenencia surge como tal para el tercero protegido: curioso modo de originarse la relación pertenencial en el que no podemos entrar.

cualquiera de sus requisitos, el titular de derechos sobre la cosa accesoría puede hacerlos valer frente al adquirente de la principal. Tal conclusión es una consecuencia del principio «*Nemo dat quod non habet*», operante en nuestro Derecho siempre que no exista una apariencia merecedora de protección especial: Si A no es dueño de una cosa accesoría, no puede transmitirla a B, comprador de la cosa principal de A, hasta que A la adquiera de C, su legítimo propietario (108), (109).

Profundizando precisamente en este supuesto, cabría pensar, siguiendo a Andreoli (110), que, siendo válida —desde el punto de vista obligacional— en nuestro Derecho la venta de cosa ajena, el disponente de la cosa principal se obligaría, en virtud de la existencia del vínculo pertenencial, a adquirir del titular correspondiente la propiedad de la cosa accesoría (111) para poder cumplir de este modo su obligación hacia el nuevo adquirente. Pensamos, sin embargo, que, a la vista de nuestro sistema jurídico, sólo cabría imponer tal deber de adquisición de las cosas accesorias al deudor de la principal en el caso de que éste se hubiera obligado expresamente a ello o, lo que es lo mismo, en el caso de que en el título de la venta estuviesen expresadas tales cosas accesorias. Pero tal mecanismo excede del fenómeno pertenencial.

Lo que podemos extraer de nuestras normas es que, no constando referencia alguna sobre los accesorios en el negocio de disposición de la «*res principalis*», hay que cumplir la importante y citada norma del artículo 1.097 del Código civil, así como la del artículo 1.157 que, como anteriormente hemos afirmado, es explicada por la primera. Y estas normas pueden ser, a nuestro juicio, cumplidas perfectamente sin necesidad de acudir al excepcional y brusco sistema de las adquisiciones «*a non domino*» y sin que sea preciso utilizar el peligroso expediente —que operaría, de modo inconveniente, tácitamente— de la venta de cosa ajena: en efecto, el vendedor, por ejemplo, de una finca debe entregarla con sus accesorios: para ello deberá transmitir al comprador de la cosa principal un derecho sobre los accesorios que le fa-

No es éste el lugar para aludir a las obras que han tratado el controvertido tema de la reivindicación mobiliaria del art. 464 C. c. Remitimos a los trabajos de todos conocidos: LADARIA CALDENTEY, J.: “Legitimación y apariencia jurídica”; Bosch, Barcelona, 1952; VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales”; Nereo, Barcelona, 1962; HERNÁNDEZ-GIL, A.: “El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de prohibición ilegal”, *Rev. Derecho Privado*, XXVIII, 1944, págs. 496 ss.; “De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil”, *Rev. Derecho Privado*, XXIX, 1945, págs. 413 ss.

(108) La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1905 resuelve el conflicto a favor del titular de un derecho real —hipoteca— sobre la cosa principal y, por tanto, en contra del titular de un derecho sobre la cosa accesoría, por ser privado el documento acreditativo de éste y no figurar inscrito cuando se inscribió la hipoteca (Considerando 4.º). El fallo es plausible, pero no contradice evidentemente nuestra opinión.

(109) Véanse trabajos citados en nota 107, sobre la interpretación del artículo 464 del Código civil.

(110) *Op. cit.*, págs. 175, 334, 351 y 352.

(111) O a liberar a ésta del derecho real limitado que la afecta o la grava.

culte para usarlos y así poder usar y disfrutar la finca: tal derecho puede ser la propiedad, el usufructo, el uso, el arrendamiento, el derecho del comodatario, etc. La figura jurídica de la cesión de contrato puede ser muy útil en este sentido. La persona que dispone de la cosa principal cumplirá, en síntesis, con ceder el derecho que tenía sobre la accesoria.

Atendamos seguidamente a otro punto relativo a los negocios de cesión de la cosa principal y, concretamente, a las consecuencias jurídicas que tiene sobre la cosa accesoria el negocio jurídico de cesión de uso y disfrute de la «res principalis». Como sabemos, quien arrienda una cosa o la da en usufructo debe entregarla con todos sus accesorios. (artículo 1.097 del Código civil). Una consideración meramente teórica nos aconsejaría pensar que el derecho que recaería sobre los accesorios sería el mismo que recaería sobre el objeto al que sirve: si se cede el usufructo de una finca rústica el usufructuario de ésta adquiriría lógicamente también el usufructo del tractor o de la máquina trilladora que se encuentran en ella; si lo que se hace es arrendar la finca, el derecho que recaería sobre sus accesorios sería solamente el derecho personal propio del arrendatario. No obstante, Andreoli (112) se pronuncia a favor de la tesis de que en tales supuestos el usufructuario o el arrendatario adquieren sobre las pertenencias un verdadero derecho de propiedad, con la obligación de devolver el «tantúmdem» o su estimación en dinero al fin del usufructo o del arrendamiento: el autor en cuestión funda su opinión en la más rápida deteriorabilidad que produce en los bienes el hecho de que se hallen destinados al servicio de otros, aconsejando una sustitución más frecuente de los primeros; afirma que tal solución es aplicable a todo tipo de pertenencias, sean o no cosas consumibles, bastando su gran deteriorabilidad mencionada: y basa su opinión en el artículo 514 del Código civil entonces vigente en su país, que aplicaba este sistema sólo a los animales que servían al fundo cuyo usufructo se constituía o se cedía mediante una remisión al artículo 483 del mismo cuerpo legal, que regulaba el cuasi-usufructo.

Creemos acertada la opinión de Andreoli con algunas matizaciones. Por analogía, el artículo 482 de nuestro Código civil —que corresponde al 483 del derogado Código italiano— nos mueve a afirmar que el usufructuario o el arrendatario de una cosa no deben devolver necesariamente los mismos accesorios que recibieron, sino su importe o bien otros de igual especie y calidad que los recibidos en la forma y en el orden fijados en el artículo 482 de nuestro Código; aunque se trate de cosas no consumibles sino meramente deteriorables, su condición de accesorios excluiría para ellos la aplicación del artículo 481 del Código civil.

Estamos de acuerdo con Andreoli en cuanto a efectos se refiere; pero no en que al ceder el goce de la cosa principal se ceda la propiedad de los accesorios: pensamos, siguiendo a Jordano (113), que al ceder

(112) Op. cit., págs. 311 y 313.

(113) JORDANO BAREA, J. B.: "El cuasi usufructo como derecho de goce sobre la cosa ajena"; ADC, 1.º, 1948, págs. 981 ss. Véanse concretamente páginas 1006 y 1007.

una cosa en usufructo o en arrendamiento se ceden los mismos derechos sobre los accesorios; lo que sucede es que si éstos son cosas consumibles, el modo de usarlos y disfrutarlos es destruirlos (114); y si son sólo deteriorables, la frecuencia e intensidad de su utilización, nacidas de su relación de servicio con la «res principalis», reclaman su frecuente sustitución al implicar rápida destrucción, haciendo desaconsejable el hecho de someterlos al régimen del artículo 481 del Código civil.

Aceptada esta posición, surge una posible dificultad si la relacionamos con la aseveración anteriormente hecha, según la cual, en caso de negocio de disposición de la cosa principal, si el dueño de ésta no lo es de la accesoria, cumplirá cediendo sólo el derecho que tuviera sobre la accesoria, manteniéndose intacta la propiedad del dueño de ésta. Si hemos afirmado luego que quien recibe en usufructo o en arrendamiento la cosa principal —recibiendo idénticos derechos sobre la accesoria— sólo se halla obligado a devolver el «tantúmdem» o la estimación de la pertenencia, ¿cómo respetar en tal caso el derecho de propiedad sobre ésta de la persona que la cedió, como cosa «a se stante», al disponente de la «res principalis»? Veamos un ejemplo: A destina un tractor, que toma arrendado de B, a su finca rústica; después entrega ésta en usufructo a C; según lo afirmado en estas páginas, A sólo puede entregar a C su derecho de arrendatario sobre el tractor y con ello cumplirá; pero C, arrendatario del tractor, sólo parece quedar obligado a devolver a A el valor del tractor u otro igual al tiempo de finalizar el usufructo, con lo cual el derecho de B sería violado: se plantea un conflicto de intereses entre B y C. Parece venir, a nuestro juicio, impuesta por la coherencia la solución siguiente: el conflicto se resolvería a favor de B en aplicación del principio «nemo dat quod non habet»: en efecto, en el ejemplo planteado, si A es sólo arrendatario del tractor no puede ceder el usufructo de éste a C. Pero —y esto es lo más importante— tampoco podría subarrendárselo con la facultad de sustituirlo y devolver otro tractor igual o su valor, pues B no cedió a A tal facultad al arrendarle dicha máquina: es decir, creemos que es aplicable el mencionado principio «nemo dat quod non habet» a dicha facultad —no exclusiva del propietario, según Jordano— de consumir, destruir y sustituir la cosa objeto del derecho.

Está claro, por otra parte, que —refiriéndonos al ejemplo propuesto— C podrá beneficiarse de los efectos que el artículo 464 del Código civil establece para quien adquiera un bien mueble de buena fe y a título oneroso: si C ignora el derecho de B, será protegido, haciéndose verdadero usufructuario del tractor con facultad de devolver otro igual o su estimación (sin perjuicio de la correspondiente acción de enriquecimiento injusto de B contra A), lo cual no implica legitimación de A para transmitir a C aquel derecho con la facultad a él inherente.

Conviene ahora aludir al problema de la exclusividad que antes

(114) Extinguiéndose entonces los derechos del propietario y del usufructuario —o arrendatario— sobre la cosa. Sin referirse al arrendamiento, JORDANO BAREA (op. cit., págs. 1006 ss.).

«quedó apuntado. ¿Puede una cosa ser accesoria de varias? El hecho de que una máquina cosechadora preste servicios en dos fundos distantes entre sí de modo habitual, ¿convierte dicha máquina en «accesorio» en sentido jurídico?»

No vemos inconveniente alguno para ello, pues no obsta al cumplimiento del requisito de la «permanencia» antes estudiado, ya que ésta debe ser entendida en un modo amplio y flexible, admitiéndose soluciones de continuidad. Ni siquiera nos impide afirmar tal admisibilidad el posible conflicto que puede ocasionar la enajenación (o, incluso, la cesión del uso y del disfrute) de una de las cosas principales: creemos que, en tal supuesto, se generará, como presupone Andreoli (115), una comunidad de derechos sobre la cosa accesoria en el caso de que su división sea jurídicamente imposible. Idéntica solución proponemos para el caso de que la cosa principal pertenezca a varios titulares en régimen de copropiedad y uno de ellos pida la división conforme al artículo 400 del Código civil: las cosas accesorias se atribuirían a la porción de cosa principal correspondiente a cada antiguo condómino y, si esta división de pertenencias es imposible, se crearía una copropiedad sobre los accesorios (116).

«UNIDAD PERTENENCIAL» Y «EMPRESA» O «EXPLOTACION»

Casi como corolario de lo tratado conviene quizá referirnos a la relación que existe entre «unidad pertenencial» y «empresa» o «explotación» (agrícola, mercantil o industrial).

Excede de nuestra tarea una meditación sobre los conceptos de «empresa» y «explotación». Es acertada, a nuestro juicio, la opinión de García-Añoveros (117), según la cual, a la vista de nuestro Derecho privado positivo —principalmente el número 5.º del artículo 334 del Código civil— el concepto español de «explotación» engloba el elemento «objetivo» (agrupación de diversos elementos, la «azienda» italiana) y el elemento dinámico de la actividad («impresa», en Derecho italiano), puesto que la ley española habla de «necesidades» de la explotación y una «azienda» no tiene necesidades. Prescindiendo de otros textos positivos, pensamos que la mejor definición de «empresa» que se da en nuestro Ordenamiento se encuentra en el número 1.º del artículo 3 de la vigente Ley de arrendamientos urbanos: «Unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas».

(115) Op. cit., págs. 198 y 200.

(116) ANDREOLI, Op. cit., pág. 402.

(117) GARCÍA-AÑOVEROS, J.: Explotación agrícola y contribución territorial (Un análisis de la cuota proporcional de la Contribución Territorial Rústica y Pecuarial)"; (Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública, número 70; Madrid, 1967, págs. 533 ss.). También, en Libro-Homenaje al profesor Giménez-Fernández (vol. II, Facultad de Derecho, Sevilla, 1967, páginas 711 ss.). Véase, en la Rev. de Derecho Financiero citada, pág. 552.

¿Qué relación guardan «explotación» o «empresa» con «unidad pertenencial»? ¿Son lo mismo? ¿Cuándo ésta se convierte en aquéllas?

Ballarín (118), pretendiendo distinguir los «complejos o unidades diferenciadas» de las «universitates rerum», hace aproximarse peligrosamente aquéllos a las unidades pertenenciales, al afirmar que tales complejos o unidades se caracterizan por tener un elemento principal o básico y un conjunto de cosas accesorias. Barbero (119) afirma justamente lo contrario, diciendo que en la «azienda» no es posible distinguir entre bienes principales y accesorios.

Siguiendo a nuestro Tribunal Supremo, creemos que «empresa» o «explotación», por una parte, y «unidad pertenencial», por otra, son conceptos diferentes: es totalmente posible concebir una unidad pertenencial que carezca de vida propia y de organización, no pudiendo entonces hablarse de «explotación»; por el contrario, creemos que toda explotación implica la existencia de una o varias unidades pertenenciales; nuestro más alto Tribunal se enfrenta, con cierta asiduidad, con casos de arrendamiento de local de negocio en el que van comprendidos determinados accesorios cuya presencia, por no implicar organización, no transforma el contrato en arrendamiento de industria haciéndolo salir del ámbito de la LAU (120). La aportación de Barbero en este sentido es encomiable (121).

(118) Op. cit., pág. 161.

(119) BARBERO, D.: "Fondo e azienda nell'impresa agricola" (Atti del primo Convegno internazionale di diritto agrario (vol. II, Milano, pág. 111 ss.). En pág. 125 afirma el autor: "Tal posibilidad deja sin duda fuera de juego la tesis caracterizada por definir a la «azienda» llevándola al terreno de la unidad pertenencial, porque en la «azienda» como organización de bienes, fruto de la simple organización del trabajo, no se divisa posibilidad alguna de distribución, entre los diversos bienes, de los dos papeles esenciales que juegan en la pertenencia: el principal y el accesorio." BARBERO concibe la «azienda» como "corpo composto funzionale" (pág. 127).

(120) El Tribunal Supremo es claro en este sentido: en el caso de la Sentencia de 23 de marzo de 1946 se discute si se trata de arrendamiento de local de negocio o de arrendamiento de empresa; el Tribunal Supremo afirma que es de local de negocio, pues el arrendador sólo entrega al arrendatario el local y una serie de "elementos inertes, que no deben confundirse con el trabajo ni con la organización, elemento esencial... de un comercio" (Considerando 6.º); se trata de "unos aparatos y utensilios destinados a contener y medir gasolina y grasas, muebles también por su naturaleza, pero que por estar todo ello destinado por el propietario a satisfacer las necesidades de la explotación que se estableciese en el edificio, tienen, conforme a lo dispuesto en el número quinto del artículo 334 del Código civil, el carácter de inmuebles, formando parte integrante del inmueble arrendado..." (Considerando 6.º); se define el concepto de "empresa mercantil" considerándola compuesta de tres elementos: capital, trabajo y organización (Considerando 5.º); el arrendador no entregó empresa alguna, pues él no ejercía industria ni comercio alguno (Considerando 7.º); la organización del conjunto de elementos por el empresario crea la empresa: pero puede haber elementos accesorios "inertes" sin que haya "empresa". La Sentencia de 6 de febrero de 1960 insiste en este punto, con una claridad meridiana, contemplando un supuesto semejante: "... este Tribunal tiene declarado muy reiteradamente que la nota distintiva más destacada se ha de deducir del objeto y finalidad del contrato en el sentido de que si lo que se cede en uso y disfrute al arren-

De todos modos, al no ser objeto unitario de derechos en nuestro Ordenamiento ni las unidades pertenenciales ni las empresas, el tema carece, en general, de interés «de lege data». Podríamos sugerir que si fuese admitida como objeto de derechos la empresa, las pertenencias de uno de sus elementos principales —por ejemplo, el fundo en la explotación agraria— se convertirían, adoptando el criterio de la «perfec-

datario es todo o parte de un edificio dotado de los elementos precisos y debidamente organizados para la obtención de un producto económico y susceptible de explotación inmediata o pendiente de meras formalidades administrativas, se estará en presencia de una unidad patrimonial con vida propia creada por el arrendador constitutiva del concepto de industria a que se refieren los artículos cuarto y tercero citados, mientras que si lo arrendado es el edificio o local “desnudo” o con elementos desarticulados, no aptos por sí solos para una finalidad industrial, aunque utilizables en unión de otros que el arrendatario aporte y organice para el negocio que él va a crear, la relación jurídica establecida será la de un arrendamiento de local de negocio...” (Considerando 1.º) (Se trataba de una demanda de desahucio por el transcurso del plazo fijado para el arrendamiento a la que se opone el arrendatario alegando que el contrato, por ser de local de negocio, se halla sometido a la LAU y no a la legislación común; Juzgado y Audiencia fallan a su favor, pero el Tribunal Supremo casa el fallo de la Audiencia basándose en que, al ser arrendamiento de empresa, no opera la prórroga forzosa). Según la Sentencia de 13 de noviembre de 1963, hay arrendamiento de empresa o industria si lo que se cede es una unidad patrimonial organizada, con elementos que integran un “mecanismo” con vida propia; si se cede el local solamente hay arrendamiento de local de negocio, “sin que este último concepto se desvirtúe por el hecho de que con el local se ceden otros elementos desarticulados y no aptos por sí mismos para rendir un producto mercantil (Considerando 5.º, “in fine”). Véanse, entre otras, en este sentido, las Sentencias de 16 de mayo de 1945, 19 de noviembre de 1949, 7 de enero de 1957, 3 de diciembre de 1957, 11 de diciembre de 1957, 30 de noviembre de 1961, 17 de marzo de 1966, 12 de junio de 1967, 10 de marzo de 1969, 22 de marzo de 1969, 29 de diciembre de 1971, etc. En contra, véase el curioso Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de septiembre de 1951, según el cual, si los bienes a los que se refiere el núm. 5.º del art. 334 C. c. —reputados inmuebles sólo por razón de su destino— entran a formar parte en tal concepto de un bien inmueble que se arrienda, es porque se arrienda una industria (Considerando 7.º).

(121) “Pero aun en su unidad, el fundo sigue siendo siempre una figura poliédrica y, como decía, según presente una cara u otra, da lugar a diversas figuraciones del fenómeno jurídico en el que puede verse envuelto. Así, como yo señalaba, su mero cultivo no da lugar a un fenómeno de “impresa” agraria, aunque haya dicho que la empresa agraria consiste fundamentalmente en el cultivo del fundo, cuando nos ofrece la faceta de mero objeto de derecho, aunque sea en su complejidad pertenencial. En tal caso su cultivo viene en consideración esencialmente como ejercicio del derecho de propiedad fundiaria y no tiene otra relevancia. Da lugar a la “impresa” agraria cuando presenta la faceta de un “elemento dell’azienda agraria”, y entonces no afecta sólo al ejercicio del derecho de “propiedad fundiaria”, sino que afecta también al ejercicio de la “proprietà aziendale” y llega así a afectar al Derecho del trabajo. Es decir, el fenómeno jurídico previsto en el art. 2.135 se da solamente, a mi juicio, si el cultivo del fundo indicado en este artículo se produce con referencia, como para el art. 2.082, al ejercicio de una “azienda”, según la noción que da de ella el art. 2.555” (op. cit., pág. 132). Como se observa, es posible que las cosas accesorias del fundo no hagan que éste devenga “azienda”; esto sucederá sólo si tales pertenencias son organizadas.

tio» en auténticas «partes rei» (122). Pero a la vista de las normas en vigor, debemos afirmar, con Ballarín (123), que los negocios jurídicos relativos tanto a las explotaciones como a las llamadas «unidades pertenenciales» no tienen por objeto una «universitas iuris», sino la cosa principal junto con sus accesorios.

Las Compilaciones forales presentan algunos interesantes ejemplos de complejos dentro de los cuales podemos hallar pertenencias: véanse a este respecto los artículos 3 y 12 de la Compilación de Vizcaya; los artículos 33, 35 y 39 de la Compilación de Aragón; los artículos 54 y 85 de la Compilación de Baleares; el artículo 337, párrafo 2.º, de la Compilación de Cataluña; y los artículos 66, 67 (3), 68 (2), 70 (1), 71, 84 y 85 de la Compilación de Galicia (124). Asimismo, debemos invocar en este punto algunos de los supuestos contemplados en el artículo 44 del Reglamento hipotecario.

CONSIDERACIONES FINALES

El tema que ha sido objeto de nuestro trabajo tiene menos importancia práctica de lo que pudiera parecer; si meditamos la cuestión con sentido realista llegaremos a la conclusión siguiente: el problema de las pertenencias tiene interés económico por el efecto de que éstas siguen a la «res principalis» en los negocios (y, en general, en todas las vicisitudes jurídicas: posesión, usucapión, etc. (125), de que tal cosa sea objeto, en ausencia de manifestación de voluntad —expresa o tácita e incluso implícita— en tal sentido; pero por regla general, las partes de un contrato, por ejemplo, fijan en las cláusulas de éste, amparándose en

(122) La LHM, al regular la hipoteca de establecimiento mercantil, se refiere, como ya dijimos, en su art. 21, a las pertenencias. ¿Son éstas “partes” del establecimiento, siendo éste el motivo de su inclusión automática en la hipoteca? La dificultad mayor que se encuentra al intentar contestar esta pregunta es la de hallar un concepto válido de “establecimiento”; desde luego, el Derecho de hipoteca recae sobre un conjunto de cosas muy dispares entre sí, entre las cuales están las pertenencias; pero parece que la Ley concibe a éstas como accesorios del establecimiento mismo, y no sólo de su “sede física”, con lo cual el hecho de reputarlas “partes” de él sería un error. Recordemos que, habiendo desechado los criterios de GARRIGUES y de OLIVENCIA sobre el concepto de “establecimiento”, hemos adoptado el de URÍA (notas 93, 94 y 95). Añadimos que tal criterio se ve reforzado al leer el artículo 31 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, “in fine”, donde, al regularse la aportación, a la S. A., de “una empresa o establecimiento mercantil o industrial”, el legislador remite al art. 1.532 del Código civil, que alude a la venta hecha alzadamente o en globo de “la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos”.

(123) Op. cit., pág. 162.

(124) Véanse notas 98, 99, 100 y 101. Sobre la “Casa” en el Derecho aragonés, consúltese MARTÍN-BALLESTEROS Y COSTEA, L.: “La Casa en el Derecho aragonés”, Zaragoza, 1944. Sobre la “Casa” navarra, véanse las Leyes 48, 75, 131 y 132 de la vigente Compilación foral de Navarra.

(125) ANDREOLI: Op. cit., págs. 377 y 378. El art. 449 del Código civil español no se refiere exactamente a los accesorios, como hemos afirmado anteriormente.

la libertad contractual establecida en el artículo 1.255 del Código civil, qué bienes deben entenderse comprendidos en el acuerdo y cuáles deben reputarse, por el contrario, excluidos; en tales casos resulta ocioso el instituto pertenencial; es más, sería aconsejable, para evitar dudas —vg.: controversia sobre la concurrencia de los requisitos de la cualidad de pertenencia— establecer en el texto del negocio con la mayor minuciosidad posible qué bienes acompañan al bien principal y qué bienes (126) no lo acompañan. Lo conveniente es eludir el problema mediante pacto expreso. Ballarín (127) nos refiere algunas costumbres existentes al respecto: por ejemplo, la venta de un cortijo andaluz con la cláusula «a vara hincada», es decir, con todo lo que haya dentro de la finca.

Hemos dicho que los efectos característicos de la cualidad de accesorio se dan en ausencia de manifestación de voluntad expresa, tácita o implícita acerca de los accesorios de una cosa determinada: esto significa que la exclusión de los accesorios como objeto del negocio que afecte al bien principal puede deberse a que una interpretación del negocio nos indique que fue esa la intención del declarante, aunque no exista una declaración explícita en tal sentido. Sólo cuando ni siquiera a través de las normas que regulan la interpretación de los negocios jurídicos (arts. 675 y 1.281 ss. cc.) sea posible extraer una declaración de voluntad acerca de los accesorios, se aplicarán los artículos 883 y 1.097, que, por el principio «*lex specialis legem generalem derogat*», tienen preferencia sobre el artículo 1.289 cc. y sobre cualquier otra norma de interpretación que tenga función objetiva e integradora (128). El fenómeno pertenencial es un fenómeno al menos conceptualmente aislable del problema interpretativo, puesto que el fundamento de los efectos característicos de la pertenencia no es sólo la presunta voluntad del autor o de los autores del negocio, como afirma Rasi (129) y sugiere Hernández-Gil (130); hay otros fundamentos: la conveniencia económica de proteger jurídicamente la relación de subordinación, por ejemplo. El hecho de que la norma del artículo 1.097 sea dispositiva, es decir, que por ejemplo las partes puedan excluir de la venta de un inmueble a sus accesorios, no significa en modo alguno, como infiere inexactamente Rasi (131) refiriéndose al artículo 818, párr. 1.º, del Código civil italiano vigente, que el único fundamento de tal efecto jurídico sea la presunción legal de la voluntad de las partes en ese sentido: los legisladores de Italia y España desean proteger jurídicamente la unidad económica pertenencial: pero no hasta el punto de obligar a los titulares de derechos sobre las cosas que la

(126) Accesorios o no: no sólo nos referimos a los bienes aludidos en los arts. 334, 883 y 1.097 del Código civil, sino también a los citados en los arts. 347 y 449.

(127) Op. cit., pág. 154.

(128) En contra, BALLARÍN, con especial referencia a los negocios “*mortis causa*” (op. cit., pág. 160).

(129) Op. cit., págs. 335 y 336.

(130) Op. cit., págs. 63 ss.

(131) Op. cit., págs. 335 y 336.

componen a mantenerla si no lo desean: el carácter dispositivo de normas, como el artículo 1.097 del Código civil español o el artículo 818, párrafo 1.º, del Código civil italiano se debe a que ambos Ordenamientos resuelven el conflicto entre interés individual e interés social a favor de aquél, dada la escasa importancia del fenómeno pertenencial si lo comparamos con otros de más trascendencia, como el fenómeno empresarial, por ejemplo.

Es preciso indicar, finalmente, que el hecho de admitir la figura jurídica de las pertenencias no implica creer en la «objetividad» del vínculo pertenencial al estilo de Andreoli y de muchos exégetas del Código civil alemán. A nuestro juicio, a la vista de las normas que integran nuestro sistema jurídico, la «relación pertenencial» es una relación entre cosas (una relación «objetiva») pero mantenida sólo por la voluntad de determinadas personas a través de una conducta permanente de destinación; las cosas que se hallan ligadas por la citada relación no constituyen un nuevo y especial objeto de derechos ante el cual el legislador reaccione de un modo específico; su vinculación, por el contrario, produce una gama de efectos que varían en intensidad y número según la intensidad y número de los intereses que se contraponen. Tales efectos encuentran sus principales fundamentos en el principio de la integridad del cumplimiento de las obligaciones tal como son queridas («pacta sunt servanda»); en el principio de la necesidad de protección jurídica de unidades económicas; en el de la necesidad de protección de la apariencia; y en el de la buena fe. La resolución de los conflictos de intereses mediante la combinación armónica de la regla «nemo dat quod non habet» —entendida a varios niveles, incluso al de mera «facultad»— con el principio de protección a la apariencia y a la buena fe es el modo que creemos más acertado de proceder ante el fenómeno pertenencial si pretendemos, no abusando de construcciones exóticas forzadas, ser fieles a nuestro sistema jurídico.

Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código civil *

JUAN CADARSO PALAU

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La cuestión de la reforma y sus cauces.—3. Técnica y renovación en el nuevo título preliminar.—4. Cuestiones de teoría general del derecho: potenciación del momento aplicativo del derecho.—5. La jurisprudencia y el ordenamiento jurídico.—6. Trascendencia de las tareas de interpretación y aplicación.—7. Crisis del legalismo.—8. Carácter abierto del sistema.—9. Interrogantes sobre la certeza. Hacia una certeza concreta.—10. La necesaria depuración de la jurisprudencia.—11. Reconsideración sobre el modo de entender la codificación y la reforma.

1. Por grata y habitual que fuera la confianza en las arquitecturas sistemáticas, donde procurar decoroso albergue a su quehacer, pocas ocasiones van quedando ya al jurista para la complacencia. Una realidad en constante cambio nos recuerda que no hay conquistas permanentes. Desde esta perspectiva, considerar la reforma como algo circunstancial puede ser, nada más, una suerte de pretexto. La cuestión deviene, sin embargo, uno de los temas centrales de la cultura jurídica de nuestro tiempo. Si de ello nos convence Rodotà es porque, en efecto, la madurez de una reforma no se puede medir solamente por el cuerpo de propuestas técnicas que se está en grado de habilitar, sino por la renovación que la cultura jurídica ha conseguido promover respecto a las ideas expresadas en los textos necesitados de revisión (1).

El Código civil ha sido, una vez más, retocado. Imaginar que lo haya sido por una «mano temblorosa» sería no estar, seguramente, de acuerdo con la experiencia. El número de retoques ya efectuados, así como los proyectados, permite suponer una cierta familiarización con semejantes operaciones de cirugía legal.

(*) Texto de la comunicación presentada a las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Zaragoza en abril de 1975.

(1) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del Diritto civile*, «Riv. Dir. Comm.», 1967, pp. 83-84.

2. La reforma alcanza, ahora, al título preliminar del Código (2), reverdeciendo con ella la «vexata quaestio» de la renovación de nuestro Derecho civil codificado, singularmente en lo relativo al procedimiento más idóneo a realizarla.

De una parte, marca una etapa en el largo camino trazado, a partir de 1946, al soplo de la llamada «cuestión foral». En el debate «revisiones parciales - código nuevo», el Decreto de 23 de mayo de 1947, asumiendo las conclusiones del Congreso Nacional de Zaragoza, tomaba partido por la reforma total y sistemática, pero pausada. Predomina, y se impone, el escrúpulo contra las reformas parciales, en las que se ve un peligro para la armonía del sistema (3). Se propugna la elaboración de un código nuevo y general, tarea necesaria, pero grave y trascendental: la búsqueda del «substratum nacional» no es, desde luego, obra de un día, antes bien habrá que encarecerle parsimonia y maduración (4). Late aquí, seguramente, una profunda fe en la idea de código, a cuya elaboración se asigna el elevado rango de los fines. Y en este programa se inscribe la actual reforma del título preliminar (nuevos arts. 13 a 16), dando cumplimiento, después de la labor compiladora, al mandato que formulara el artículo 4.º del citado Decreto de 1947 en orden a la resolución de los conflictos interregionales. La Exposición de Motivos de la Ley de Bases sigue dando cuenta, a este respecto, de aquel propósito de elaboración de «un Código general para España».

Al margen de la cuestión foral, sin embargo, la reforma ha venido siguiendo otros caminos. No, por cierto, el de la revisión periódica previsto en las disposiciones adicionales del Código civil, sistema inoperante por causas que, si bien la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1973 reputa «conocidas», no siempre han aparecido suficientemente explicitadas (5). Sucede, si bien se mira, que el derecho codi-

(2) Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 («B. O.» del 21), y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo («B. O.» del 9 de julio), por el que se sanciona con fuerza de ley el nuevo texto articulado.

(3) Vid. A. FUENMAYOR, *La revisión periódica del Código y de las Compilaciones civiles*, «ADC», 1973, I, pp. 227-229.

(4) Vid. F. DE CASTRO, *La cuestión foral y el Derecho civil*, «ADC», 1949, pp. 1003 ss.: «la urgencia de la tarea y la necesidad de no demorarla —termina escribiendo— no deben llevar a precipitadas improvisaciones; obra clave para la constitución de la sociedad española, decisiva para su vivir, debe calcularse con vigencia para siglos; habría que construir, como los antiguos arquitectos, con piedras de granito y huir de toda concesión a la moda, sea de tipo político o técnico».

(5) Vid. A. FUENMAYOR, loc. cit., pp. 225-227. Si en 1933 J. CASTÁN pudo atribuirlo, en términos de lamentación, a «la indolencia de políticos y jurisconsultos» (*Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, 1933, p. 55), ello mismo nos remite a planteamientos más profundos, allí donde afrontar la tensión entre fijez y renovación, entre perduración y cambio, que la propia idea de código propone. Es el mismo CASTÁN quien, sin embargo, de aquella denuncia, rechaza el sistema de reformas parciales (op. cit., pp. 56-57), al tiempo que propugna una reforma que «ha de consistir, no en corregir y adicionar el Código de 1889, conservando su fisonomía, sino en rehacerlo, cambiando su estructura y su espíritu» (op. cit., pp. 60-61). Después de todo, ¿no quedaba la revisión, en las disposiciones adicionales del Código, planteada como «addenda et corrigenda»?

ficado, como sistema, no asume con facilidad el cambio (6). Se trata de una contienda cuyo resultado no cabe predecir de antemano, ni tampoco esperar que se resuelva por una conciliación. Así, el sistema de revisiones periódicas planteaba una tensión no fácilmente soluble: al propio tiempo que afrontaba el cambio, conjurando los peligros de espontaneidad y contingencia mediante su asunción para el sistema (7), provocaba un riesgo de disolución para este último, al remitirlo a una reflexión permanente. ¿Dónde quedan, entonces, las ventajas de un derecho codificado que postula una interrogación constante, nunca acabada? ¿Dónde la seguridad y dónde, en último término, la certeza?

No por ello las reformas dejaron —no podían dejar— de producirse. Ineficaz el mecanismo de revisión periódica previsto por el Código, es obvio que tampoco la esperanza de una futura reforma integral, sistemática y perfecta, habría de mantener una situación de pendencia indefinida. Los cambios, de todos modos, se van produciendo: «una abundante legislación posterior impulsada por exigencias de la realidad —recuerda la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1973— ha ido introduciendo modificaciones dispersas, a veces profundas, en el Código civil». Al margen del sistema surgen, pues, las modificaciones, cuando la realidad las impone: la reforma se desenvuelve, así, en ese ámbito donde la necesidad y el azar no siempre logran deslindarse por fronteras del todo ciertas. En lo que cabe apreciar que, no propiciada por el sistema, y sí sólo admitida la reforma cuando necesaria, puede aquél superar el trance sin deterioro gracias, justamente, a enajenarse todo cometido en el progreso: «un Código —afirma Batlle— no tiene por qué ser un planteamiento nuevo de un orden jurídico, sino la sistematización de una realidad ya existente» (8). Aún así, tampoco cabría considerar al sistema completamente a salvo de las repercusiones que, sobre el conjunto, toda reforma parcial es susceptible de provocar, confirmando de esta suerte los recelos de quienes propugnaban la reforma integral y sistemática (9).

(6) Justamente desde esta perspectiva es enjuiciada la inoperancia del sistema de revisión decenal por F. DE CASTRO, *Compendio de Derecho civil*, I y II-1, 4.^a ed., Madrid, 1968, p. 60.

(7) Precisamente por la ineficacia de las disposiciones adicionales, las reformas realizadas «han carecido del carácter ordenado que se previera» (F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.^a ed., Madrid, 1955, p. 313).

(8) M. BATLLE, *Espiritu y direcciones del Derecho civil español moderno*, Murcia, 1954, pp. 26-27. La cita es de A. FUENMAYOR, loc. cit., p. 229.

Sobre el fundamental tema cambio social-evolución jurídica, vid. L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1973, pp. 300 ss.

(9) Si CASTÁN denunciaba, como hemos visto, «los graves inconvenientes del sistema de reformas parciales», G. GARCÍA CANTERO podrá advertir que los hechos le han dado toda la razón, citando como ejemplo los problemas «derivados de la interpretación del párrafo 2.º del artículo 836 del Código después de su descuidada reforma por la Ley de 24 de abril de 1958» (*Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en *Estudios de Derecho civil* en honor de CASTÁN, t. I, Pamplona, 1969, pp. 88-89). En cuanto a la más reciente reforma en materia de adopción, nuevamente han podido expresarse los recelos ante la técnica de reformas parciales; cfr. G. GARCÍA CANTERO, *El nuevo régimen de la adopción*, «ADC», 1971, III, pp. 811-812; M. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *La adopción*, ibid., p. 696.

3. Dadas estas coordenadas, procede preguntar por el sentido y alcance de la reciente reforma del título preliminar.

De los dieciséis nuevos artículos, la modificación de los cuatro últimos se encuadra, según hemos visto, en aquel programa que aborda la unificación de los derechos civiles coexistentes, teniendo la reforma como norte la elaboración de un futuro código general.

En cuanto a los doce artículos primeros, la indagación sobre el sentido de su reforma parece requerir interrogaciones más complejas. Ante todo, significa persistencia en el camino de las reformas parciales, y también, cuando menos «prima facie», una cierta contestación a aquel propósito de reforma integral y sistemática. Certera, y una vez más oportuna, se ofrece ahora la cuestión que dos años atrás planteaba Fuenmayor: «cabe preguntar si existe incompatibilidad —como parece afirmarse en la tesis de Castán y de otros autores— entre revisiones parciales y Código nuevo» (10). Si la pregunta tiene un sentido, éste no es seguramente otro que el de enfrentar al tema verdaderamente esencial: el de la renovación jurídica. Y, a este propósito, podemos partir de un convencimiento: ni la verdadera renovación se identifica necesariamente con código nuevo, ni la reforma parcial constituye cauce totalmente inhábil —aunque lo sea tendencialmente— para conseguirla.

Razón convincente, en el primer sentido, parece proporcionarla de modo evidente la experiencia italiana: «El código de 1942 —escribe Rodotà— no nació en un tiempo en que la ciencia civilista se abría al mundo y a sus razones, sino en la época en que, con mayor rigor e intensidad, se replegaba sobre sí misma en una suprema tentativa de aislar del exterior los datos propios de su orden conceptual. Y si los instrumentos técnicos que se venían formando por tal vía debían ciertamente decirse nuevos, postulaban sin embargo aquella asunción más general y no podían ellos mismos constituir el trámite para una profunda renovación del orden legislativo. O, por mejor decir, una modificación de aquel orden era posible, a condición de que se resolviese en una simple renovación técnica, casi como si se tratase de llevar una ley imperfecta al más refinado nivel conseguido por la elaboración científica... La reforma de la codificación civil fue, y no podía dejar de ser, un hecho prevalentemente técnico, es decir, justamente lo opuesto a aquella profunda renovación del orden jurídico en que habitualmente se hace consistir la sustancia de la verdadera codificación» (11)

Si una tal cosa podía ocurrir, mucha mayor razón habrá para desconfiar de que una mera reforma parcial pueda ofrecer algo más que adaptaciones de índole técnica. Parece oportuno, sin embargo, suspender el juicio sobre este punto, y afrontar la reciente reforma del título preliminar como una excelente ocasión para el contraste.

A tal propósito, hay que conceder que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Bases se expresa en términos sugerentes: «La reforma que ahora se propone difiere de las anteriores porque, referida al Título Preliminar, versa sobre un sector del ordenamiento jurídico

(10) A. FUENMAYOR, loc. cit., p. 230.

(11) S. RODOTÀ, loc. cit., p. 84.

de indudable carácter general» (12). Por razón de la materia, ésta es, desde luego, y después de la de 1958, la reforma de más amplio alcance que sobre el Código civil se acomete: puede suponerse, de antemano, que le cabe un elevado empeño.

Pero se impone ya, antes de seguir, una delimitación entre dos aspectos de la reforma (13). De una parte (y al margen de los ya referidos arts. 13 a 16), se sitúa la normativa del sistema conflictual, ahora en el capítulo IV (arts. 8 a 12). Patente era la insuficiencia del sistema contenido en los anteriores artículos 8 a 11 (14), y tanto se hacía urgente su solución cuanto incesante ha venido siendo el incremento de relaciones jurídico-privadas con elementos internacionalmente dispersos. En este aspecto, no cabe duda de que la reforma se presenta como un necesario «aggiornamento» de sector, respondiendo a lo que podríamos llamar un acto de «ordinaria administración» legislativa (15).

4. En lo demás —y aquí se centra este comentario—, se abordan cuestiones de teoría general del derecho: la enunciación de las fuentes del derecho, en el capítulo I (arts. 1 y 2); en el capítulo II (arts. 3 a 5), la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; y la eficacia general de éstas, en el capítulo III (arts. 6 y 7).

Es aquí donde, justamente, la reforma «suscita muchas reservas», advirtiendo Díez-Picazo y Gullón que este aspecto «puede ser considerado como una reforma de pura «elegantia iuris», es decir, como la adopción en el primer cuerpo legal de una serie de soluciones teóricas a problemas teóricos, que tendrán nula o muy escasa repercusión en la práctica. Mas puede considerarse también, y ello es, sin duda, peligroso, como una facilitación de un mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, lo que, sin duda, puede provocar una grave dosis de inseguridad jurídica» (16).

Cierto es que, si podía quedar insinuado un cierto empeño renovador, éste parece desdibujarse en los propios términos en que la Exposición de Motivos de la reforma se expresa. Así cuando, a propósito del procedimiento de elaboración seguido, alude a «la naturaleza eminentemente técnica de los conceptos ordenadores». Y, de modo específico, al señalar que «las normas del Título Preliminar son susceptibles de per-

(12) Sin ambages se manifiesta en tal sentido el preámbulo del Decreto sancionador del texto articulado: «De todas las reformas, ninguna puede compararse en importancia a la ahora producida».

(13) Cfr. L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1973, p. 47.

(14) Sobre el particular, vid A. MIAJA DE LA MUELA, *Reflexiones acerca de la elaboración de un nuevo sistema de Derecho internacional privado e interregional*, en *Estudios de Derecho público y privado* en honor del Prof. SERRANO, t. II, Valladolid, 1965, pp. 607 ss., especialmente p. 622; id., *Derecho internacional privado*, I, *Introducción y Parte general*, 6.^a ed., Madrid, 1972, pp. 480 y 488 ss.; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido*, «RGLJ», octubre de 1974, pp. 401 ss.

(15) La expresión es de S. RODÒTÀ, loc. cit.

(16) L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, op. cit., loc. cit.

feccionamiento sin alterar sus directrices esenciales, ya completando lo que en el texto ahora vigente sólo aparece bosquejado, ya acomodando éste a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Expresiones susceptibles, sin duda, de procurar cómodo apoyo a aquella primera crítica, un punto escéptica, que no conceda a la reforma más trascendentes logros que el de un simple —y no seguramente conseguido (17)— refinamiento técnico (18).

Por más que, desde tal perspectiva, la ocasión se ofrezca propicia para reiterar nuevamente la tan frecuentada cita de Tomás de Lampe-dusa, lícito es admitir que otras sean las enseñanzas que el nuevo texto propone, sobre todo cuando, más allá de la índole meramente teórica, se acepta que cuestiones como la enunciación de las fuentes, y la interpretación y aplicación de las normas, son temas radicalmente implicados en la experiencia histórica de cualquier sistema jurídico.

Ciertamente, largo es ya el tiempo durante el que nociones fundamentales como ley, código, sentencia, vienen siendo cuestionadas. Acaso estábamos, también, demasiado acostumbrados a mantener semejantes problemas recluidos en la zona de los grandes planteamientos. Debe reconocerse que alguna novedad hay cuando, ahora, el propio orden normativo transparenta tales cuestiones. En todo caso, si a propósito de éstas prevalecían determinados tratamientos en base a un concreto estado del derecho positivo, la inclinación a suscribirlos sólo debe mantenerse «rebus sic stantibus». Admitida esta elemental cautela, cualquier alteración en los datos postula una verificación de las soluciones y, antes aún, de los términos en que los problemas venían siendo formulados.

En lo fundamental, una saludable confesión de realismo asoma en el nuevo título preliminar, lo que tanto puede suscitar un cierto desaliento para el jurista como una profunda responsabilización en su tarea. Destaca este realismo en los siguientes aspectos del nuevo texto:

1) Con ocasión de la enunciación de las fuentes, se alude así a la jurisprudencia en el artículo 1.º-6: «*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

2) En cuanto a la aplicación de las normas jurídicas:

a) El artículo 3.º-1 codifica así los criterios de *interpretación*: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en

(17) Señala J. L. DE LOS MOZOS, en la revisión y puesta al día de la 11.ª ed. de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1975, pp. 271-272, cómo, al tener que sujetarse los redactores al reducido espacio de los dieciséis primeros artículos del Código, «éstos han adquirido unas dimensiones inusitadas, que recuerdan a las disposiciones administrativas», y que no es éste el defecto más grave, ya que, «a veces, se incurre en imprecisiones conceptuales o en expresiones triviales que deberían haber sido corregidas».

(18) Para A. DE LA OLIVA SANTOS, al menos en lo que concierne a la jurisprudencia, la reforma ni siquiera responde a necesidad técnico-jurídica alguna (*La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código civil*, «RDPI», 1973, núm. 4, pp. 804 y 821).

relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

b) El mismo artículo 3.º, en su apartado 2, remite así a la *equidad*: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

c) A la *analogía*, como procedimiento integrador, alude el artículo 4.º-1: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

3) Al tratar de la eficacia general de las normas jurídicas, se consagran figuras como el *fraude a la ley* (art. 6.º-4), *buena fe* (art. 7.º-1) y *abuso del derecho* (art. 7.º-2).

No procede, ni podría ser intento de este comentario, entrar en la determinación de cada uno de los conceptos aludidos, que ya cuentan con suficientes —y, en señalados casos, magistrales— tratamientos doctrinales. Mas sí vale subrayar, para lo que aquí ahora importa, el elemento común que los denomina, y que obviamente consiste en una insistente potenciación del momento aplicativo del derecho, a través del cual se procura un descendimiento del plano normativo al plano de lo real. Que un semejante tránsito no pueda representárselo el jurista sin una cierta sensación de vértigo es algo tan probable como, por demás, sintomático de un apego elemental a convicciones de certeza, de seguridad, de coherencia sistemática cotidianamente puestas en cuestión por la experiencia. Ocurre que el camino queda franco, ya, para una decisiva superación del positivismo legalista, lo que, si acaso alude a uno de los lugares comunes de la ciencia jurídica de nuestros días, representa sin embargo un convencimiento que todavía está por desplegar toda su fecundidad práctica. Seguramente era menester, para ello, que la propia ley así lo postulase, hurtando argumentos a todo un modo de hacer, de aplicar y de pensar el derecho, asentado sobre la idea de que la regla escrita, particularmente en su formulación codificada, proporciona el alfa y el omega de la juridicidad (19).

Si la continuada vigencia de un código de factura decimonónica dispensa un evidente abono al formalismo (20), la denuncia está lejos

(19) Recuerda G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1946, p. 46, la afirmación de BUGNET: «Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoleon».

(20) La era de las codificaciones —escribe A. J. ARNAUD, *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVII, *L'interprétation dans le Droit*, Paris, 1972, p. 167— no pudo abrirse más que por el tratamiento axiomático del Derecho. La coherencia del sistema así construido («lo primordial en toda construcción científica —escribe, entre nosotros, E. GÓMEZ ARBOLEYA, *El racionalismo jurídico y los Códigos europeos*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 57, 1951, p. 21— será la no contradicción. En el mundo del Derecho la no contradicción toma la forma del Código») debe ser mantenida a cualquier precio: fenómeno de idealización. Fundado sobre una observación de las necesidades socioeconómicas..., el Derecho se separa progresivamente de ese soporte real sobre el cual ha sido elaborado, siendo la forma privilegiada por los juristas a costa del fondo.

de ser superflua mientras perduren rastros nada despreciables, como: a) el modo habitual de expresarse las resoluciones judiciales, revistiendo la forma de un silogismo que encuentra su premisa mayor en la norma, de la que la decisión resulta «per modum conclusionis» (21); b) el modo en que es enseñado el derecho en la formación profesional de los juristas: no parece pueda desconocerse el hecho de que todavía perdura, cuando menos tendencialmente, un exceso de conceptualismo en el modo de impartirse la enseñanza jurídica en nuestras Facultades. En absoluto vano podríamos considerar, a este respecto, lo que recientemente advierte Díez-Picazo: «si, como dice Max Weber, el interés de las clases burguesas, frente a la arbitrariedad de los «honoratarios», se centró en una práctica jurídica racional, formal y sistematizada, parece claro también que ese mismo interés ha de centrarse en una formación profesional de los juristas que apunte hacia los mismos esquemas» (22).

5. No es dudoso que una actitud obediente a tales esquemas podrá limitarse a conceder al nuevo título preliminar el calificativo de «elegante», negándole en absoluto el de «renovador». Después de todo, bien claramente queda establecida, en la propia división por capítulos, la distinción entre el plano de la producción o creación del derecho (capítulo primero: «Fuentes del derecho») y el de su aplicación (capítulo II: «Aplicación de las normas jurídicas»), que cabe seguir concibiendo como dos niveles diferentes, y subordinado siempre el segundo (porque plegado al accidente de lo concreto) al primero (sede definidora de las verdades fundamentales y más rigurosamente «preliminares») (23). Creemos, sin embargo, que la preocupación demostrada por separar ambos momentos no es en el legislador más aguda que la conciencia del nexo íntimo que los une. Punto clave para esta reflexión, y donde precisamente puede dejar tendido un puente que salve la escisión convencional, se halla en el apartado 6 del artículo 1.º, donde se dice que la jurisprudencia «complementará» el ordenamiento jurídico.

(21) L. Díez-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «RDP», 1964, p. 932, señala cómo la vestidura exterior de la sentencia consiste en un «razonamiento formal que encarna en argumentos de lógica jurídica»; cfr., igualmente, J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general*, Barcelona, 1974, p. 60, aludiendo al «legalismo» de la jurisprudencia. El formalismo de las sentencias es también denunciado, en Italia, por S. SATTI, *Il giudice a la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, vol. VI, Napoli, 1972, pp. 943-944; cfr., igualmente, N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, en *Studi*, cit., vol. III, Napoli, 1972, p. 121 y bibl. allí citada.

(22) L. Díez-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 159.

(23) Si el siglo XIX vio cristalizar, en esferas autónomas, un poder político (que crea el Derecho) y un poder jurídico (que aplica el Derecho), he ahí al gran ficción—escribe A. J. ARNAUD, loc. cit., p. 168—, según la cual sería posible aplicar el Derecho sin participar en la opción política que implica la existencia misma y la forma de este sistema jurídico autónomo. Vid., en el mismo sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos* (discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 5 de febrero de 1975), Madrid, 1975, pp. 35-36.

De inmediato se percibe que nada fácil ha de ofrecerse el juicio sobre este aspecto de la reforma ¿Qué significado atribuir a semejante expresión? ¿Es la jurisprudencia en algún sentido creadora de derecho? Y si lo es, ¿en cuál? Y si carece de trascendencia creadora, ¿qué cometido, exactamente, le incumbe?

Una autorizada opinión sostiene en este punto, rigurosamente, que ninguna alteración se ha introducido en el enunciado de la teoría de las fuentes según las premisas que, con anterioridad a la reforma, podíamos considerar predominantes. Frente a la pregunta sobre si la jurisprudencia es fuente del derecho, «la respuesta —escribe Albaladejo (24)— es sencilla e indudable: no lo es. Respuesta válida lo mismo para antes que para después de la reciente reforma del título preliminar del C. c.». Y argumenta: «Puesto que la función de la fuente jurídica es crear normas, y la jurisprudencia no, las crea, es claro que no es fuente. De por sí debería bastar otro de Derecho positivo: el antiguo artículo 6 del C. c. o el actual 1, que enumeran las fuentes, citan sólo la ley, la costumbre y los principios generales; luego, según ellos, tampoco la jurisprudencia es fuente. Y, por último, hay aún, si fuera preciso, que no lo es, otro argumento después de la antedicha reforma del título preliminar: que el nuevo artículo 1 recoge específicamente a la jurisprudencia, pero aparte de las fuentes, y la Exposición de Motivos de la reforma dice en su párrafo 10 que: «A la jurisprudencia, sin incluirla dentro de las fuentes...» (25).

Con lo que parece quedar claro que se quiere mantener el «status» actual, en el sentido de excluir a la jurisprudencia de la categoría de fuente (26). Supuesto, por tanto, que la jurisprudencia no

(24) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte general*, volumen 1.º, *Introducción y Derecho de la persona*, 3.ª ed., Barcelona, 1975, p. 114.

(25) En el mismo sentido, comentando la Ley de Bases, resuelve la cuestión R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, Bilbao, 1974, página 241: si, a primera vista, parece que la jurisprudencia pasa a ser una nueva fuente del Derecho español, sin embargo, «interpretando literalmente el texto de la Ley (y en materia tan importante no caben muchos atrevimientos exegéticos), resulta que en la Base (1.ª) se dice que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico», expresión que obliga a pensar que la jurisprudencia no es ordenamiento jurídico, puesto que lo «complementa». Por otra parte, el texto indica que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo *sobre aplicación de las fuentes*. Al referirse la Ley a «la aplicación de las fuentes», parece que acepta que la jurisprudencia *no es fuente*».

(26) E. RUIZ VADILLO, *Comentarios a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil*, sep. de la «RGD», 1973. Y SERRANO ALONSO, *Aproximación al nuevo Título Preliminar del Código civil*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, núm. 8, segundo semestre de 1974, anexo, p. 8, podrá decir que el número 6 del artículo 1.º «no supone ningún avance legislativo y por tanto es absolutamente superfluo, ya que el valor reconocido a la jurisprudencia es el hasta entonces comúnmente aceptado». En el mismo sentido, A. DE LA OLIVA SANTOS, loc. cit., p. 822: «nada en absoluto cambia», concediendo que «lo único nuevo es, sencillamente, la mera cita de la jurisprudencia» (p. 825).

es fuente —en lo que también conviene Lacruz (27)—, queda entonces por explicar cuál sea el sentido atribuible a esa particular mención con que aparece aludida. La expresión del nuevo texto, considerada «enigmática» (28) y «simbólica» (29), no resulta fácilmente abordable desde los acostumbrados esquemas en que se asienta la teoría de las fuentes, sobre la que parece proyectar un casi inquietante grado de penumbra (30).

Bien lo advierte Albaladejo, señalando: «A pesar de ser las cosas así de claras (que en nuestro Derecho la jurisprudencia no es fuente), la nueva redacción del título preliminar al Código civil, en la parte relativa a las fuentes del Derecho y materias conexas, no se ha limitado, que es lo que debía haber hecho, bien a callar sobre la jurisprudencia (31), bien a precisar con rigor el papel que, por nuestro sistema jurídico, le corresponde, sino que, ciertamente sin incluirla entre las fuentes (cosa por demás —presupuesto ese sistema jurídico nuestro— imposible), sin embargo, no se ha resignado a dejar de decir algo sobre su papel» (32). Lo que es «como querer dar «cierta trascendencia» normativa a lo que, como la jurisprudencia, no es norma ni fuente de normas, sino (como expresamente reconocen el propio art. 1, norma 6, y la Exposición) interpretación y aplicación, por el Tribunal Supremo, de las normas, que son las que constituyen el Ordenamiento jurídico. Pero dar esa trascendencia a lo que no es norma es imposible. Y decir que el Ordenamiento es *complementado* por la jurisprudencia, que ni es norma ni fuente, es, tomado en su sentido literal, decir una inexactitud (32 bis); además de que el Ordenamiento no necesita ser complementado, ya que es completo puesto que con leyes, costumbres y principios generales no deja lagunas que necesiten de la jurisprudencia para ser llenadas de *normación* (valga la palabra)». Y añade: «Mezclar la jurisprudencia con las normas, con el Ordenamiento jurídico, es querer unificar dos planos distintos, uno, el de las reglas, y otro, el de su aplicación» (33).

Restablecido de esta forma el orden del esquema dogmático de las fuentes, no quedarán para la jurisprudencia sino las consabidas afirma-

(27) J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 61.

(28) R. DE ANGEL YAGÜEZ, op. cit., loc. cit.

(29) E. RUIZ VADILLO, loc. cit.

(30) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 273. «La expresión —dice, por su parte, A. DE LA OLIVA SANTS, loc. cit., p. 824— es menos que ininteligible y no sólo no clarifica qué es la jurisprudencia, sino que da origen a serios interrogantes acerca del mismo concepto de ordenamiento jurídico que va implícito».

(31) También A. DE LA OLIVA, loc. cit., p. 822, dada la «superfluidad y vaguedad» de la fórmula, estima hubiera sido preferible el «silencio».

(32) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 117, añadiendo muy significativamente: «Papel que —insisto— como no depende de lo que la ley diga sobre él, sino de la función que en el sistema desempeña realmente la jurisprudencia, es el que es, con independencia del que se diga que sea».

(32 bis) Tanto J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 62, como J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 497, no dudan en calificar dicha expresión de desafortunada.

(33) M. ALBALADEJO, op. cit., p. 118. Vid., sin embargo, J. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. I., vol 1.º, cit., p. 489, advirtiendo cómo en la práctica «es bien difícil deslindar los respectivos campos de la *producción* y de la *aplicación* del Derecho».

ciones sobre «el respeto que merece» (34), su «inmenso valor» (35), o su «ejemplaridad» y «prestigio» (36), predicados cuya relativa vaguedad —en cuanto circunscrita a ese ámbito de la aplicación, que se pretende bien delimitado y distante, y en último término subordinado— no llega a inquietar.

Creemos, con todo, que el nuevo texto permite —acaso, también, exige— ir más allá. Tanto la pretensión de que el sistema de fuentes perdura, a pesar de la reforma, absolutamente inalterado, como la calificación de inexactitud aplicada a la fórmula del nuevo artículo 1.º del Código, son conclusiones derivadas de modo congruente de unos planteamientos que, sin embargo, parecen darse por supuestos. Conviene, por tanto, que también éstos sean sometidos a verificación.

Si Díez-Picazo ha podido propugnar «una cierta ruptura en el formalismo que existe en la exposición dogmática de las fuentes» (37), parece que hay motivos para afirmar que la reciente reforma, en el aspecto analizado, viene a rubricar una tal actitud.

Actitud que permite considerar el «ordenamiento jurídico» con un entendimiento más amplio que la mera reducción a un «agregado de normas». Es un error de la teoría positivista del derecho —nos recuerda, recientemente, García de Enterría (38)— reducir éste a simples normas e intentar concretar en ellas todos los caracteres del sistema jurídico.

Cuando el nuevo artículo 1.º del Código civil alude al «ordenamiento jurídico», está introduciendo una fórmula que de seguro quiere comunicar algo más de lo que su mera literalidad pudiera evocar. No sería correcta —como ya advirtiera Santi Romano (39)— esa remisión mental a la idea de regla o de norma que la letra de la fórmula tiende a sugerir. Antes bien, el ordenamiento jurídico debe ser entendido como una realidad dinámica; no se estructura solamente en un sistema riguroso, completo y lógico, sino que su sentido es eminentemente funcional y problemático (40). Cobra relieve, desde esta perspectiva, más que el ser, el devenir del derecho (41). Devenir que no es

(34) M. ALBALADEJO, *ibid.*

(35) E. RUIZ VADILLO, *loc. cit.*

(36) R. DE ANGEL YAGÜEZ, *loc. cit.*

(37) L. Díez-Picazo, *Experiencias, cit.*, p. 146. Cfr. G. GROSSO, *La crisi della legalità*, «Riv. Dir. Civ.», 1960, I, p. 571.

(38) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1974, p. 56.

(39) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Parte prima*, Pisa, 1917, pp. 25-26 y *passim*.

(40) L. Díez-Picazo, *Experiencias, cit.*, pp. 178-179, advirtiendo muy atinada y significativamente que tal conclusión sea «quizá un poco desalentadora, aunque realista».

(41) Cfr. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, pp. 59-60: «En édictant des règles les juristes ont cherché la tranquillité dans le conformisme. En créant des systèmes ils ont prétendu détruire la variété des problèmes et des solutions. La «tranquillité des juristes» est condamnable dans un siècle d'ardent dynamisme; les faiseurs de systèmes sont nuisibles dans l'application d'un droit mouvant». A propósito de la dificultad temperamental del jurista para la asimilación de las metamorfosis, es imprescindible la cita de la obra.

posible comprender mirando sólo al momento de producción de la norma, atendiendo exclusivamente a los dominios de racionalidad y abstracción en que la normatividad se instala, sino teniendo en cuenta el fundamental papel que, en la funcionalización del precepto, nunca acabado, sino en permanente reconstrucción (42), juegan la interpretación y aplicación (43).

Admitiendo así lo que, por demás, se presenta como «una experiencia obvia para quien conoce la vida jurídica» (44), bien parece que podemos pensar el ordenamiento jurídico como una «cotidiana tarea», nunca llevada a término, en la que el material normativo no es la sustancia, sino un elemento de carácter instrumental (45).

En cuanto no resulta sostenible una perfecta ecuación «ordenamiento jurídico = normas generales», parece que comienzan a dispersarse las

clásica en la materia, de R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1.^a serie, *Panorama des mutations*, 3.^a ed., Paris, 1964: «Car le juriste —escribe en p. 14— est volontiers attaché aux institutions pour le jeu desquelles il a été formé, auxquelles parfois, il préside, vers lesquelles, en tout cas, s'orientent son esprit et sa pratique. Il n' imagine pas, sans appréhension, pouvoir vivre et travailler sous des institutions différentes. C'est peut-être, en partie, par économie d'efforts qu'il ne souhaite pas voir changer le Code civil». Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., pp. 153-154, a propósito de la separación entre el «derecho estudiado» y el «derecho no estudiado».

(42) Cfr. T. RAVÀ, *La produzione del diritto civile*, en *Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Padova, 1965, pp. 1613-1614: «Donde se acepte la idea de que el derecho objetivo es ordenamiento, y esta idea en realidad, de una u otra forma, es patrimonio común, el juez, en todo juicio, para motivar en derecho, deberá reconstruir el ordenamiento entero en su sistemática coherencia».

(43) Los preceptos —dice E. GARCÍA DE ENTERRÍA, loc. cit.— se funcionalizan necesariamente en un sistema social dado y en la organización, formal o informal, de que el mismo se dota. La interpretación de cada norma, esto es, la comprensión de su sentido como operación necesariamente previa a su aplicación, es —añade el mismo autor (p. 57)— una interpretación del ordenamiento entero en el que dicha norma se integra y dentro del cual cobra su significación. Cabe, así, una transformación ordinal por el cambio de los elementos no normativos, sino fácticos, del ordenamiento (del subfondo político, del sistema de acciones, un simple perfeccionamiento técnico de la magistratura, la independencia o el sometimiento de la policía respecto de los jueces, etc.); esta transformación recobrará necesariamente sobre la interpretación de las normas, sobre el lugar sistemático que a cada una corresponde y sobre el punto de equilibrio de todas ellas.

Si, como dice A. TESTA (*L'interpretazione del diritto nel diritto come interpretazione della realtà giuridica*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filosofia del diritto*, II, *Comunicazioni*, Milano, 1966, p. 361), «en cuanto específicamente tal, el Derecho es por sí mismo interpretación: interpretación de la realidad en su juridicidad (en suma, de la realidad jurídica)» (cfr. A. J. ARNAUD, loc. cit., pp. 165 ss.); si «la ley es siempre una versión del Derecho» (A. GARCÍA VALDECASAS, *El Derecho, la ley y los juristas*, en «AAMN», t. XV, Madrid, 1967, pp. 473-474), bien se comprende que la interpretación constituye, como afirma L. DÍEZ-PICAZO (*Experiencias*, cit., p. 224), «la médula del quehacer jurídico», así como también, según escribe E. BETTI (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2.^a ed., Milano, 1971, p. 325), «perenne, invero, e non mai condotto a termine, è il compito dell'interpretazione».

(44) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibid.*

(45) L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 181.

sombras en torno al nuevo artículo 1.º del Código civil. No nos dice éste, en su apartado 6, que la jurisprudencia «complemente» las fuentes del derecho. Lo que «complementa» es el «ordenamiento jurídico», expresión ésta que, antes que ambigüedad, denota una escrupulosa precisión en el legislador de la reforma (46).

Siendo, pues, el ordenamiento jurídico «completo» en la esfera de la normatividad general y abstracta —gracias a la cobertura que proporcionan la ley, la costumbre y los principios generales—, no hay inconveniente en señalar, sin negar por ello lo anterior, que sí admite un «complemento»: la jurisprudencia. No despliega ésta su eficacia precisamente como fuente, en el sentido de creación de normas generales y abstractas —lo que significaría, por otra parte, privarla de su primordial fecundidad (47)—, ni cubriendo las lagunas —que, tampoco hay inconveniente en admitirlo, no existen— de la normatividad. Si no le cumple tal misión, ello no debe llevar, en un planteamiento que sería unilateralmente normativista, a negar a la jurisprudencia toda trascendencia ordinamental.

Si ya la alusión a los principios generales del derecho —que, siguiendo al italiano de 1865, oportunamente había suscrito nuestro Código— remite a una normatividad no formulada, parece que se evidencia como imprescindible la función que la jurisprudencia despliega, a un nivel originario, en la funcionalización de aquéllos. Hay que tener especialmente en cuenta, a este respecto, que no pueden dichos principios generales ser limitadamente concebidos como los del derecho positivo (48), circunscribibles mediante un proceso de creciente generalización y abstracción, a base de una mecánica equivalencia y convertibilidad entre principios generales y normas particulares (49). Más cierto es que en los principios generales del derecho opera una fuerza de expansión, no de índole lógica y dogmática, sino valorativa y axiológica: fuerza no ya de «verdad» y de razón teórica, sino de valoraciones

(46) Merece destacarse cómo, introducida la fórmula por primera vez en nuestro Código civil, marca una clara recepción de las ideas ordinamentalistas, ya presentes con anterioridad en el ordenamiento jurídico administrativo: el artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y el 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo, refieren el ilícito administrativo genéricamente al ordenamiento jurídico (compárese, al respecto, la fórmula con que ahora se tipifica el fraude en el artículo 6.º-4 de nuestro Código civil), y ello porque —como precisa la E. de M. de la primera de dichas leyes, y recuerda oportunamente E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Curso*, cit., p. 59)— hay que estimar que reconducir simplemente a las leyes la conformidad o disconformidad de los actos o disposiciones reglamentarias «equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en las instituciones».

(47) Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, loc. cit., p. 808.

(48) Que tales fueron, al parecer, los que primariamente contempló el legislador de los años 80 al redactar el Código civil. Cfr. J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 59.

(49) Para la impugnación de semejante concepción, vid. E. BETTI, op. cit., páginas 310 ss.; cfr., asimismo, L. DíEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 206.

que —como dice Betti (50)— gradualmente maduran y se afirman en base a situaciones históricas contingentes. Si los principios generales no se encuentran ya, ni sólo, dados en el sistema formulado, sino que se generan incluso extramuros del sistema, reconstruyéndose permanentemente en contacto con la experiencia histórica, he ahí cómo la jurisprudencia se presenta, no solamente desplegando una tarea de fijación o «accertamento», sino también operando como factor sustancial en la génesis o determinación de aquéllos (51).

Y aún respecto de la normatividad formulada, tampoco parece que se pueda prescindir del concurso que a la jurisprudencia incumbe en su explicitación permanente. Por más que, a través de la generalización y abstracción que le son inherentes, parezca sustraerse la norma al devenir de la historia, semejante espejismo se desvanece ante la inevitable dialéctica entre idea y hecho que postula una labor de permanente «décodage». Aparece, así, la jurisprudencia como el necesario «complemento» del ordenamiento jurídico, por cuanto procura la reconciliación del sistema normativo con su imprescindible correlato real.

Cuando, por tanto, se descubre una trascendencia creadora en la jurisprudencia, no se quiere necesariamente decir que pueda ésta producir reglas generales (52). Plantear, en tal sentido, la pregunta de si la jurisprudencia es «fuente» de derecho, supone sin duda alguna anticipar va, en un sistema como el nuestro, una respuesta negativa. Sucede, sin embargo, que tal planteamiento, lo mismo que su respuesta, no parece suficiente. Como insuficiente resulta —y creemos que así queda adecuadamente puesto de relieve en el nuevo título preliminar— la mera definición, abstracta y racional, de los centros donde se crean normas. No es, el ordenamiento jurídico, un «datum» que de modo acabado y perfecto quede preconstituido en el sistema normativo: en un

(50) E. BETTI, op. cit., p. 317. Es por ello que, en un sistema como el del Código italiano de 1942, donde con noción tan precisamente positivista aparecen invocados por el artículo 12 de las «preleggi», haya podido afirmar G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, en «RTDPC», 1972, pp. 897 ss., que tales principios «restano fatalmente qualchè cosa di diverso e di più ampio (di più «generale», appunto) di norme ricavate dallo stretto contesto dell'ordinamento giuridico formale». Pues son, en efecto, aquellos principios generales, o mejor fundamentales, que no están ni formalmente declarados por el Derecho escrito ni implícitos en él, sino que se deducen de la estructura esencial de las instituciones en que se concretan, como los definía SANTI ROMANO aduciéndolos como ejemplo de «ius involuntarium».

(51) Así ha podido postularse, en el ámbito del ordenamiento administrativo una «jurisprudencia principal», cuya afirmación y desarrollo «domina avasalladoramente el momento actual de la ciencia jurídica» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, en *Estudios de Derecho público y privado* en honor del profesor SERRANO, II, Valladolid, 1965, p. 221). Cfr., sobre lo señalado en el texto, J. L. VILLAR PALASÍ, op. cit., p. 136, n. 8.

(52) Y sólo así parece que podamos comprender a J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 62, cuando, después de dejar sentado que la jurisprudencia «no es fuente», puede afirmar que «lo significativo de la jurisprudencia es de cualquier tribunal es su aptitud para crear, no normas generales, pero sí Derechos». Cfr., en el mismo sentido, J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 498. Vid., *infra*, nota 121.

más cabal entendimiento, aparece aquél como un «*quaesitum*», como un proceso en el que la unidad del sistema es un resultado «constantemente puesto en cuestión y constantemente reconstruido» (53).

Creemos que pueden, así, tornar de sentido las acostumbradas premisas desde las que se aborda la cuestión de la jurisprudencia: si un lugar hay que reivindicar para ésta en el proceso de realización del derecho, no ha de ser precisamente —en un planteamiento que, como oportunamente advierte Lalaguna, delataría su genealogía normativista (54)— sobreestimando su valor normativo y creando con ello las condiciones favorables para una *axiomatización* de la doctrina legal que permitiera establecer una equivalencia, al mismo nivel de generalidad, con las normas legales (55). Sería, entonces, entendida la jurisprudencia como «una suerte de realidad circundante del derecho», algo que posee un cierto «valor complementario» de la ley (56) (en cuanto procedería «*praeter legem*», llenando los vacíos normativos), pero en un sentido justamente rechazable (y erróneamente equiparable al en que el nuevo art. 1.º utiliza la expresión «complementará») (57), por cuanto el propio texto del título preliminar desmiente la posibilidad de semejantes lagunas.

Cuando desde una tal perspectiva se afronta la dialéctica jurisprudencia —fuentes del derecho, tiende a quedar preterida, importa insistir en esto, la verdadera significación creadora de la interpretación como *experiencia jurídica* (58). Si las normas jurídicas no informan la decisión con el perfil abstracto que ofrecen en los textos, sino con un sentido concreto determinado por las posibilidades críticas de la situación enjuiciada —seguimos con Lalaguna—, es precisamente en esa radical e inmediata vinculación del criterio de decisión con una realidad jurídica singular donde hemos de ver el rasgo definidor y más característico de la jurisprudencia. Lo que impone tener presente: a) la especial importancia que se concede al hecho enjuiciado —«la sentencia en su circunstancia»— como punto de partida para la interpretación de las normas; b) una convicción muy viva acerca del papel insustituible del juez en la apreciación de los hechos y en la investigación del derecho aplicable (59).

6. Mostrando de esta forma la fundamental implicación del orden normativo con el acontecer práctico, es la propia ley la que viene a

(53) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., p. 58.

(54) E. LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, páginas 144 y 151-152.

(55) E. LALAGUNA, op. cit., pp. 62-63.

(56) E. LALAGUNA, op. cit., p. 102.

(57) Tal es la que, como «hipótesis cualificada» (y después de renunciar a toda reflexión «nueva»), plantea A. DE LA OLIVA SANTOS, loc. cit., p. 824, para la ineluctancia de la fórmula utilizada por el legislador.

(58) Y ello, curiosamente, cualquiera que sea el signo (favorable o contrario al papel creador de la jurisprudencia, aún concurriendo en el primero un indudable realismo) de la posición que al respecto se adopte.

(59) LALAGUNA, op. cit., pp. 41-43.

suministrar la prueba seguramente decisiva de la trascendencia ordinal que tienen la interpretación y aplicación del derecho. Subrayando, con ello, el carácter abierto del sistema, trasciende el cerco que en torno a la positividad trazaba una pretendida monopolización estatal del derecho (60). Desautoriza, al propio tiempo, una concepción meramente técnica de la actividad jurídica, toda vez que la permanente tarea de reconstrucción del sistema normativo remite de modo necesario a instancias otras (61). Y desvanece, en fin —acaso suscitando también un cierto desencanto—, un equívoco modo de entender la certeza del derecho, unilateralmente referida al conjunto proposicional lógico-normativo que la ley, y muy especialmente el código, permitían argüir.

7. A fin de cuentas, no puede verse en todo ello sino un congruente corolario del proceso de crisis de la legalidad que hoy vivimos en sus aspectos más agudos y sobresalientes. No es preciso insistir demasiado en tema tan frecuentado por la literatura jurídica de nuestros días como el fenómeno que, en rotulaciones tan variadas como igualmente sugeridoras, se ha dado en denominar «inflación», «explosión», «hipertrofia legislativa», «legislación motorizada», «incontinencia normativa», etcétera, del Estado moderno (62).

La ley —escribe recientemente Carbonnier (63)— no tiene ya en nuestros días la significación que antaño tuvo. En muchos casos no es ya aquella máxima de conducta universal que era solemnemente proclamada (64) en honor de las generaciones venideras (la perpetuidad

(60) G. GROSSO, loc. cit., p. 571. Una mirada histórica no muy profunda —nos dirá, por su parte, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., p. 57— basta para comprender que esa pretensión ha jugado un papel capital, sin duda, en la vida de los pueblos, pero que nunca ha logrado triunfar plenamente. Tanto en el transcurso histórico como hoy mismo, digan lo que quieran las constituciones, al lado de las fuentes formalizadas como tales o estatalizadas juegan un papel otras fuentes que no están publicadas en las «Gacetas» o Boletines Oficiales, la costumbre, la jurisprudencia, y, de manera especial, los principios generales del Derecho. Sobre el prejuicio del monopolio estatal del Derecho y su vinculación a una mentalidad antihistórica, vid. E. BETTI, op. cit., pp. 86 y 142.

(61) Pues, como advierte P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, 2.^a ed., Napoli, 1971, p. XIII, resulta «innegable que cuando se quiere reconstruir y determinar la función del sistema normativo considerado en su complejo no se puede por menos de referirlo al sistema económico-social y al sistema político dentro del cual históricamente se sitúa».

(62) Hoy podemos saber lo mucho de premonitorias que tenían las palabras de PORTALIS en el discurso pronunciado durante la sesión del cuerpo legislativo de 14 de diciembre de 1801: «la excesiva multiplicidad de las leyes es un gran vicio político. Las leyes deben ser maduradas lentamente y con madurez de consejo: es necesario que vengan indicadas por la experiencia. Si precipitáseis los expedientes legislativos, las leyes oprimirían a la sociedad en vez de regularla» (LOCRÉ, *Legislazione civile, commerciale e criminale*, ossia comentario e compimento dei codici francesi, I, 2.^a ed. de la versión italiana por G. CROFFI, Napoli, 1840, pp. 346-347).

(63) J. CARBONNIER, *Derecho flexible*, trad. de L. DÍEZ-PICAZO, Madrid, 1974, p. 143.

(64) «Legisladores —decía PORTALIS—, vosotros advertís, con vuestra sabiduría y consciencia, que un proyecto que consagra todas las grandes verdades,

era siempre vocación de la ley) sino un simple procedimiento de gobierno (65), una manera que el Estado tiene de dar sus órdenes en el momento presente a un grupo más o menos extenso de sus súbditos. De ahí esos caracteres que repugnan a las verdaderas leyes, pero que son naturales a los mandatos, como la precipitación, la movilidad y también cierta vulgaridad en el estilo.

Y así el código, nacido como expresión de unas conquistas que aspiraban a la perpetuación a través de una formalización técnica fácilmente sugeridora de intemporalidad (66), acaba evidenciando una contradicción congénita en cuanto se le va superponiendo todo un magna de legislación —significativamente denominada «especial»— que quiebra

todas las sublimes máximas sobre las cuales está fundado el orden social, es esencialmente bueno» (LOCRE, op. et vol. cit., p. 348).

(65) Y así nos explica J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 77, la pérdida de confianza en la ley: «cada vez más, dejando de ser regla de conducta general, abstracta y permanente, se la dirige a conformar situaciones reales concretas y singulares, y viene impuesta por un poder legislativo que ha perdido su independencia y peculiaridad frente al ejecutivo». Y en claros términos de la mentación podrá un procesalista, M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Liberalización y socialización del proceso civil*, «RDPI», 1972, p. 512, escribir: «es cierto que las ideas políticas influyen en toda clase de normas jurídicas, ya que las leyes positivas son *desgraciadamente* los instrumentos de que se valen los políticos para modificar las realidades sociales». Por su parte, el tantas veces citado administrativista E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales*, cit., p. 219, destaca cómo «hoy la ley es cada vez más, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia... La radiografía descarnada de las estructuras sociales que ha efectuado la moderna sociología, el descubrimiento del papel de las «ideologías» o del que desempeñan los «grupos de presión», la conciencia de las debilidades de la burocracia, las condiciones políticas presentes en general, han sido también decisivos para quebrantar inapelablemente la «auctoritas» debida a la ley como un producto de la organización colectiva». Perspectiva desde la que comprendemos fácilmente por qué L. DÍEZ-PICAZO (*Experiencias*, cit., pp. 138 ss.) propugna, siguiendo a G. RIPERT (*Les forces créatrices*, cit., pp. 80 ss.), un estudio de la «genética» de las leyes. Sobre el resultado degenerativo de un poder legislativo real apoyado sobre el arbitrio de la burocracia, cfr. G. GROSSO, loc. cit., p. 566.

(66) Cfr. A. MIGNOLI, *Società e giurisprudenza*, en *Studi in onore di Alberto Asquini*, t. V, Padova, 1965, pp. 23-62: «cristalizándolo (el orden jurídico) en un cierto esquema (la codificación), crea la ilusión de su validez absoluta, incluso en el sentido de «eterna», sustraída a las mutables exigencias de la historia». Y así—advierte D. CORRADINI, *Le Codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, en el vol. *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, páginas 54-55, a propósito del código francés—, «aún representando el fruto de una auténtica revolución contra el «ancien régime» y a la sombra de las doctrinas del liberalismo, aquel *code* termina por asumir, en la opinión de aquellos que lo comentan, un carácter conservador. Deviene, por una suerte de «metamorfosis» que encuentra su génesis en el hecho de que los grupos situados ayer en la contestación han conquistado hoy el poder, precinto jurídico de los equilibrios realizados en el ámbito de la convivencia e instrumento para impedir cualquier cambio de la situación existente». Vid. A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, pp. 43 ss., quien advierte cómo, aun «partiendo de premisas iusnaturalistas, el legislador de 1804 terminó por elaborar un monumento bastante típico del positivismo jurídico». Y J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., pá-

los esquemas (67). Proscrito por el código, renace inevitablemente el contraste (68) cuando aquella legislación especial —que, por el hecho de haber nacido, no ha surgido seguramente en vano (69)— arguye principios nuevos, diferentes, y no pocas veces contradictorios con los que de modo definitivo parecía evidenciar el sistema (70). Obligado éste a «entrar en arreglos» con la necesidad, termina suscribiendo una serie de compromisos excesivamente onerosos para la coherencia (71).

gina 75, recordando a MANNHEIM, dirá que «el positivismo del siglo XIX y su alejamiento de los valores superiores de justicia se explican en el nuevo planteamiento capitalista por el deseo de seguridad de una burguesía satisfecha que ha traducido en las codificaciones o en la pandectística las exigencias programáticas del siglo anterior esgrimidas contra el antiguo régimen y, confiada en el nuevo orden, desea justificarlo intelectualmente».

(67) La realidad desmiente, así, la «mística de la codificación», que veía en el código una unidad orgánica cuyas partes se corresponden desde el punto de vista de la técnica jurídica. Cfr. G. RIPERT-J. BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le Traité de PLANIOL*, t. I. Paris, 1956, pp. 145-146. La cuestión reviste aspectos no meramente técnicos. Si la desarmonía se debe a que «rédacteurs sans culture juridique sérieuse—advierten los autores citados, *ibid*—détériorer le Code sous couleur de le rajeunir», podrá precisar G. GROSSO, *loc cit.*, p. 566, cómo en este aspecto converge la burocratización de la técnica legislativa: la compleja y vasta materia de la moderna legislación especial (en la acepción de esta expresión que la contraponen a la legislación orgánica, es decir, a los códigos) hace así que por ella los depositarios de la técnica jurídico-legislativa sean los funcionarios de los ministerios. Espontáneo surgirá en el romanista el recuerdo de cómo en el bajo imperio romano la personalidad de los juristas de la jurisprudencia guía había dejado el puesto al anonimato burocrático de una legislación decisionista. Vid. A. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1963, pp. 80-81 y 92 ss.; también SCHULZ, citada a este propósito por J. PUIG BRUTAU, *Prólogo* a la trad. española (por M. Entenza) de la obra de Ph. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, 1961, pp. 14-15, n. 10.

(68) El objeto de un sistema jurídico autónomo—advierte A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, *cit.*, p. 154, recordando lo que escribía LEVI-STRAUSS a propósito del mito— es «suministrar un modelo lógico para resolver una contradicción (tarea irrealizable cuando la contradicción es real)».

(69) G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, «RIPSG», 1951, p. 201, se refiere a CALASSO, quien ha podido calificar de «absurdas» las trabas que, en la época del derecho común, suponía una interpretación restrictiva aplicada a la legislación de los ordenamientos jurídicos particulares, considerados como desviaciones de la «ratio iuris»: ocurría justamente que aquel «ius novum» constituido por los estatutos municipales poseía a menudo fuerzas vitales suficientes para llegar a sustituir su «ratio» por la antigua.

(70) Razón por la cual precisamente ningún sistema puede considerarse cerrado; cfr. P. BARCELONA, *op. cit.*, p. XLI.

(71) Este «décalage trompeur» es denunciado en Francia por G. CORNU, *La lettre du Code à l'épreuve du temps*, en *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, p. 165, quien justamente advierte un «dépassement du Code par le droit»: esa legislación especial que prolifera en el exterior del *code*, al lado de muchos detalles menudos, comprende principios algunos de los cuales tendrían en aquél su plaza legítima. Es por lo que, en la visión actual de las fuentes, el derecho exterior no es un derecho subalterno. El código civil no recoge el conjunto de los principios del derecho civil, de los que las leyes especiales formarían prolongaciones más detalladas en un grado inferior de la jerarquía de las normas. El código civil—escribe CORNU—no es ya, en verdad, el cuerpo de las leyes civiles. Cfr. en el sentido del texto, J. L. DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 517, n. 1.

El envejecimiento inexorable de un sistema codificado que, como tal, se pretende cerrado, descubre así su encadenamiento dialéctico.

Si, de una parte, la aspiración al mantenimiento del sistema exige la emancipación de los presupuestos reales (económicos-sociales) por los caminos de la generalización, de la abstracción y de la universalización (72), la evolución social descubrirá que el mantenimiento de los mismos textos frente a nuevos hechos e intereses (73) sólo es posible mediante hábiles manipulaciones que, por la vía de una interpretación y aplicación formalmente respetuosas y fieles a su humilde condición técnica, transigen necesariamente con imperativos exteriores al sistema (74). Tampoco hay que insistir aquí en la radical —y tan común— como evidente— impugnación de la técnica de la subsunción y del silogismo como rótulo bastante a explicar lo que realmente ocurre cuando el juez decide un litigio (75). Los hechos (y la realización judicial del derecho pertenece al mundo de la experiencia) se han encargado de demostrar la vanidad del intento codificador de construir un derecho «a prueba de jueces» (76). Se vigoriza, de esta suerte, la convicción acerca

(72) Cfr. A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 150: «C'est avec l'ère des codifications que le juridique a commencé à prendre son autonomie par rapport à ses fondements économiques. Le systématisation axiomatique... aboutit nécessairement à la construction d'un ensemble dont la cohérence doit être assurée à tout prix, fût-ce au risque de trahir les faits dont les règles juridiques devraient être au moins le reflet, ou même les aspirations de la classe en faveur de laquelle est élaboré le Droit».

(73) En la *Nota preliminar a las Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, de F. GARCÍA GOYENA, reimpresión de la edición de Madrid (1852), Zaragoza, 1974, p. IX, escribe J. L. LACRUZ: «Pero la ordenación del legislador, precisamente por estar destinada a señalar durante tiempo indefinido y en cualquier situación la conducta justa, ha de ser apta para reaccionar ante hechos nuevos, que, por serlo, difícilmente podrían ser imaginados y previstos cuando se elaboró la fórmula en vista de circunstancias y conflictos pasados. El propio destino y naturaleza de la norma imponen una relativa variabilidad de su contenido, a fin de que, funcionalmente, siga siendo el mismo». Vid., también, A. SERENI, *Codificazione e «case law»*, «RTDPC», 1956, pp. 176 y 191.

(74) Cfr. A. SERENI, loc. cit., p. 194.

(75) Vid., al respecto, el penetrante análisis de L. Díez-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 926-932. Sobre «el magno error de considerar la sentencia como un silogismo», vid. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1970, pp. 198 ss. Cfr., también, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, «RTDPC», 1955, I, pp. 257-258, y, fundamentalmente, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de E. Gimbernat Ordeig, Barcelona, 1966, pp. 205 y ss. Es precisamente un juez quien, entre nosotros, escribe recientemente: «la misión de juzgar se ve claro que está muy lejos de ese automatismo que la vieja idea de la subsunción parece sugerir, si se tiene en cuenta que, antes de encuadrar el caso en la norma, hay que elegir ésta, y, después, adaptarla a las particulares exigencias demandadas por el supuesto concreto que se contempla» (C. ONECHA SANTAMARÍA, *Relaciones entre la legislación y la jurisprudencia*, «RGLJ», agosto 1974, p. 143). Lo destacaba ya el 15 de septiembre de 1973, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo en su discurso de apertura de los Tribunales (V. SILVA MELERO, *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*, recogido en «RGLJ», 1973, p. 415).

(76) La expresión se debe a J. H. MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de C. Sierra, México, 1971, pp. 73 y 89.

de la trascendencia creadora —o, siempre, «re-creadora»— que las tareas de interpretación y aplicación despliegan al traducir datos y valoraciones del exterior (77). Claro que, por ello mismo, se erosiona el presupuesto de certeza que el rigor formal de la arquitectura lógico-normativa parecía establecer (78). Advertida la posibilidad de aquellas manipulaciones, la pureza del esquema formal se adivina trayecto incierto desde las más ortodoxas adaptaciones hasta los oportunismos menos escrupulosos.

Acontece, sin embargo, que el mismo formalismo del discurso veda toda penetración en los interrogantes que su propia instrumentalización plantea. En un primer nivel, suscita una pretensión de asepsia técnica (79) por la que el operador jurídico, sustrayéndose a lo que ocurre fuera, cree desplegar una actividad neutral mediante una complacida sumisión a un esquema positivo que ya contiene todas las respuestas. E incluso cuando, a pesar de ello, se sabe que el juez no es inocente de valoraciones (80) ni ajeno a la circunstancia vital —ya el pretenderlo delata un preciso talante ideológico (81)—, entonces vuelve a cernirse

(77) Desde un planteamiento básicamente legalista, así lo reconoce G. TESCHI, loc. cit., p. 270. Dicha trascendencia es variable y se halla en proporción inversa al grado de tecnicismo adoptado en la redacción del código; cfr. A. TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, «RTDPC», 1962, p. 1264, destacando la mayor libertad del juez francés frente al conceptualismo de la jurisprudencia italiana vinculada al Código de 1942; cfr., en el mismo sentido, A. SERENI, loc. cit., p. 192, n. 36, comparando el código francés con la mayor rigidez del B. G. B. Vid., asimismo, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 94; P. CALAMANDREI, loc. cit., página 261; y el reciente discurso de apertura de los Tribunales pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo el 16 de septiembre de 1974 (V. SILVA MILLERO, *Jurisprudencia y evolución*, recogido en «RGLJ», octubre de 1974, pp. 388 y 395-396).

(78) «Si el código —escribe DÍEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 161— es el producto de una consciente orientación de la vida jurídica y política, no cabe duda de que presenta un «techo ideológico» y que está montado sobre unos presupuestos socioeconómicos, que son aquellos que venían dados en el momento de su confección. Cuando la ideología se ha transformado y los presupuestos socioeconómicos han experimentado una alteración, los trastornos que se producen en la aplicación de este Derecho son evidentes, de suerte que el inicial propósito de un Derecho sistematizado e inequívoco, que excluya la vinculación a la tradición y a la arbitrariedad, que era... uno de los intereses profundos que motivaron su aparición, no puede ya cumplirse, y algo parece indicar que, con el mismo Derecho codificado, se produce un cierto retorno a la inicial justicia del *cadí*».

Ante semejantes extravíos, podrá escribir G. CORNU, loc. cit., citando a LARNAUDE, cómo «la jurisprudence, par son lent et incessant travail, a fait, dans beaucoup de matières, des textes du Code civil, un véritable trompe l'oeil».

(79) Vid. G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, en *Il diritto privato nella società moderna*, cit. p. 33.

(80) Cfr. GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, «Riv. Dir. Comm.», 1967, I, p. 254.

(81) El tecnicismo jurídico aparece, desde luego, como una manifestación hegemónica —si no ideológica— de la clase dominante, dirigida a disolver el sentido real de los problemas y las exigencias de renovación maduradas en el ámbito de la experiencia en los áridos esquemas de una cultura tecnificada. La pretendida neutralidad científica —señala D. CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filosofia del diritto*, vol. cit., p. 276— tiende a consagrar acríticamente las normas y los procesos sociales subyacentes que consistieron su origen; cfr. S. RODOTÀ, *La codificazione, Introduzione*, en el vol. *Il diritto privato nella*

el formalismo sobre el momento final del «iter» decisorio, hurtando la necesaria noticia sobre los factores reales y valorativos de la decisión, gracias a la cobertura que ésta encuentra, para cumplir con el imperativo de subordinación a la ley, en la expresión lógico-formal que el propio sistema le dispensa (82). El operador jurídico se obstina, así, en un paradójico modo de proceder, nunca mejor descrito que con la famosa frase: «au delà du code, mais par le code» (83). Y nuevamente la

società moderna, cit., p. 27. No hay que olvidar que institutos como el juez imparcial, el control de legitimidad, la casación, la separación de poderes, que en nuestras organizaciones jurídicas podemos encontrar, presuponen —como observa G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, cit., p. 32— que la actividad de los juristas es una actividad técnica y sugieren la existencia de un derecho-objeto susceptible de determinación más que resultado de opciones, de manipulaciones políticas siempre renovadas. El mismo TARELLO advierte (ibid. y p. 38) cómo un tal proceso de tecnificación de la actividad jurídica lleva consigo un correlativo proceso de irresponsabilización de la clase de los hombres de leyes. Para P. BARCELLONA, op. cit., p. 60, «es evidente que ninguna concepción jurídica puede decirse absolutamente neutral respecto a la solución de los conflictos sociales. Toda toma de posición, incluso la simple asunción de un modelo teórico para la comprensión de la realidad, implica una valoración y compromete toda la responsabilidad del jurista y del hombre». Recientemente, sin embargo, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo, a propósito de la toma de partido por una «jurisprudencia neutral», insiste en que «en tal caso se trata pura y simplemente del ejercicio normal de la jurisdicción» (V. SILVA MELERO, *Jurisprudencia y evolución*, discurso cit., p. 388).

(82) Caracteres paradigmáticos reviste la confesión del magistrado italiano PERETTI GRIVA, *L'umanità del magistrato*, «RTDPC», 1955, I, p. 97: «Ho cercato, anzitutto, in ogni causa, di prospettarmi il giudizio da uomo della strada, del buon padre di famiglia, astenendomi dalle valutazioni astratte, strettamente giuridiche. E quando mi formavo, in tal modo, un convincimento, a base di buon senso, lo passavo al vaglio del diritto positivo, per non venir meno al dovere del magistrato di applicare la legge, senza quelle arbitrariedades che, sotto l'apparenza di un giudizio d'equità, determinerebbe un'assoluta insicurezza dell'ordine giuridico. E debbo dire che ben difficilmente trovavo nel diritto codificado un ostacolo assoluto, che mi impedisce di dar ragione alla parte che io era convinto avesse ragione». Ocasión hay aquí para recordar a BARTOLO, de quien se nos cuenta —cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Interpretación y aplicación de la ley*, «RGLJ», 1973, pp. 441-442— que primeramente dictaba la resolución y luego hacía buscar a su amigo TRIGINIO los pasajes aplicables del «Corpus iuris». Vid. G. LUMIA, *In tema di interpretazione e di applicazione del diritto*, en *Atti del VII Congresso nazionale de filosofia del diritto*, vol. cit., p. 312.

(83) Cfr. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí Fiol, Barcelona, 1961, pp. 227-228; G. CORNU, loc. cit., p. 165. Recoge ESSER la citada frase con ocasión de la denuncia del «chocante proceso de inversión» característico de la fidelidad textual positivista, a propósito de un desviado entendimiento del «espíritu» y «finalidad» de la norma como criterios interpretativos: «ante la injusticia de una resolución —dice ESSER—, se puede cómodamente elegir entre achacar la responsabilidad al legislador, de cuyo texto no podía prescindirse, o bien demostrar, partiendo de las consecuencias, que «ésta no podía ser la voluntad del legislador», de modo que se corrige el texto «en el sentido querido por el legislador», sin asumir ninguna responsabilidad propia». Un buen ejemplo de esta actitud en nuestra jurisprudencia podemos encontrarlo en la reciente e importante sentencia del T. S. de 11 de octubre de 1974 (R. A. 3.798) que, en ponencia de don Mariano Gimeno Fernández, establece la equiparación del promotor al contratista, a los efectos de someter a aquél a la responsabilidad que en el supuesto de vicios de construcción el artículo 1.591 del Código civil determina; la fundamentación de la sentencia, que desde

certeza, ya deteriorada en la instancia sistemática (84), se diluye también al nivel concreto de unas decisiones que, escamoteando las posibilidades para un análisis verdaderamente crítico, se resisten a ofrecer, ante la búsqueda de su «ratio», caminos más seguros que el de la conjetura (85).

un punto de vista rigurosamente jurídico-formal parece merecer todas las reservas, no oculta (plausiblemente) la verdadera razón de necesidad en que se apoya, aunque al fin no puede resistirse a una reconciliación con el sistema: «otro criterio —expresa el segundo considerando— representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la construcción a medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley»; previamente, en el mismo considerando, se ha advertido que «el término de *promotor* no fue utilizado por el C. civ. por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor».

(84) Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *La experiencia jurídica*, «AAMN», t. XVIII, Madrid, 1974, p. 20.

(85) L. Díez-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia*, cit., p. 932, señala cómo la búsqueda de los criterios judiciales de aplicación del derecho se presenta como tarea «ardua e insegura»; entre otros factores causantes de esta situación, denuncia, con ejemplos concretos (pp. 934-935), el proceder habitual (seguido incluso por los propios Tribunales) consistente en la axiomatización de la doctrina: ello se produce mediante el «aislamiento, abstracción y generalización de una máxima o de una afirmación que, desvinculada del caso en que nació y al cual servía, adquiere, por decirlo así, vida propia y va dando saltos en el vacío y conduciendo a resultados que no dejan de producir alguna sorpresa» (vid. J. PUIG BRUTAU, *Anotaciones a G. BOEHMER, El derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, p. 625; id., *Cómo ha de ser invocada la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo*, «RJC», 1953, pp. 40 ss.). Es indudable que un tal proceder se ve precisamente propiciado por el prurito formalista de respeto al texto; cfr., en este sentido, J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 60; K. LARENZ, op. cit., pp. 286 y 290. Por su parte, P. CALAMDREI describe así una situación que no podríamos considerar infrecuente: «...casi parece que (el juez) tenga recato en declarar abiertamente que, dentro de los límites que la ley le permite, él decide en base a consideraciones del caso, es decir por razones de moralidad y de conveniencia apropiadas a aquel caso y no extensibles a otros; y siente la necesidad, incluso cuando juzga en realidad por razones del caso, de extraer de él un principio de orden general, una máxima que de algún modo se presente como idónea a ser aplicada en el futuro a casos similares. El juez, en suma, no osa confesar ni siquiera a sí mismo que las razones por las cuales ha juzgado, moviéndose lícitamente dentro del ámbito que la ley le deja, son razones concretas propias de aquel caso, que, como todos los casos de la vida humana, es un *unicum*»; se producirá, así, lo que el autor llama una «logicizzazione dell'equità» (ibid., p. 262).

También advierte, de otra parte, L. Díez-PICAZO, loc. cit., p. 933, que «la sentencia como obra literaria es una realidad que decepciona notablemente», y en ello pudiéramos considerar coincidente lo que A. D'ORS, op. cit., p. 81, señala al destacar la clara sobriedad de los llanos *reponso* de los juristas clásicos hasta en la resolución de las más complejas cuestiones: «el menos gárrulo de nuestros jueces y abogados de hoy —compara D'ORS— no sabría salir de la dificultad sin llenar un numeroso legajo». No podemos, sin embargo, olvidar por ello que en ocasiones (no poco frecuentes) la prolijidad de los considerandos desaparece para dejar su puesto, no a una motivación breve y precisa, sino a una motivación verdaderamente endeble o totalmente inexistente; vid., a este propósito, L. MUÑOZ SABATÉ, *La crisis de motivación de las resoluciones judiciales*, «RJC», 1973, II, pp. 477 y siguientes. Ni cabría omitir, tampoco, la proporción en que esta situación es tributaria del formalismo con que se disciplina nuestro recurso de casación.

8. Por todo ello, parece que el nuevo título preliminar del Código civil se presenta con méritos suficientes para ser acogido con un cierto optimismo.

Dando adecuada razón de la esencial dinamicidad del ordenamiento jurídico, el nuevo artículo 1.º no olvida el valor «complementario» de la jurisprudencia —matizando así la definición sustantiva de las fuentes—, y nos sitúa con ello en la cumbre de la montaña, única perspectiva desde la que son simultáneamente visibles ambas vertientes (86), la normativa y la aplicativa, que, antes que ocultarse, se implican recíprocamente.

El ordenamiento jurídico, entendido como estructura viva y flexible, respira necesariamente realidad. La norma es un proyecto de justicia concreta que no aparece obvio (87) en el momento de su proposición abstracta (88), sino que precisa de una lectura y una explicación para las que no bastan los elementos deducibles del propio sistema (89):

(86) Nos servimos aquí de la imagen que, ideada por el matemático F. GONSETH, es recogida para las ciencias sociales por G. GURVITCH, *Dialéctica y sociología*, trad. de J. R. Capella, Madrid, 1969, pp. 260 ss., en cuyo ámbito trata de clarificar la «complementariedad dialéctica», y en particular la «complementariedad de las alternativas que resultan no ser tales». Sobre la relación entre jurisprudencia y ley como «relación dialéctica», vid. K. LARENZ, op. cit., pp. 207 y 239.

(87) «El código —dice J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 80— no tiene aplicación evidente, sobre todo para un juez responsable». Si esta convicción puede suscitar reservas cuando aparece expresada por un realista como J. FRANK («el proceso o la función de juzgar pocas veces empieza con una premisa de la que se obtenga, a continuación, una consecuencia», cit. por J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, s. a., p. 38), no debemos olvidar que responde a una idea que de alguna forma tenían bien presente los propios redactores del Código francés: advertía PORTALIS, durante la sesión del Consejo de Estado de 2 de julio de 1801, que «bien pocas causas pueden ser decididas con una ley, con un texto preciso» (LOCRÉ, op. et vol. cit., p. 305); reiterando en el discurso pronunciado en la sesión del cuerpo legislativo de 14 de diciembre del mismo año: «En las materias civiles, hay que admitir una de estas dos cosas: o prohibir el poder del juez, o dejar una suerte de latitud al magistrado cuando la ley es ambigua o cuando calla: porque las materias civiles son inmensas, y la previsión de las leyes es limitada. Es imposible tener una ley para cada caso particular» (LOCRÉ, op. et vol. cit., p. 346). Vid. *infra*, nota 121.

(88) Para subrayar que, aún dentro de la más ortodoxa y modesta concepción de su función, no podrá el juez prescindir de una atenta observación de lo concreto, A. M. QUINTAS, *Scienza e problematica nell'applicazione del diritto*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filofia del diritto*, vol. cit., p. 339, recuerda con oportunidad el ejemplo que, tomado de la medicina de su tiempo, recogía ARISTÓTELES en la *Ética a Nicómaco*: quien conoce el principio general de que «las carnes tiernas son digestivas y sanas», pero ignora en concreto «cuáles son las carnes tiernas», no puede determinar la dieta curativa.

(89) El sentido abierto y progresivo del nuevo artículo 3.º de nuestro Código destaca de modo singular si se compara con el enunciado del artículo 12 de las «preleggi» del italiano de 1942, respecto del cual bien podemos suscribir la observación de J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 83, de que en realidad «no se dice al juez cómo decidir, sino cómo exponer lo que haya decidido». En cuanto sugiere una autointegración del sistema, el citado artículo 12 ha merecido la ironía de G. TEDESCHI: «alguna vez el legislador afirma: «Yo soy el primero y el último, y no hay ningún otro fuera de mí», es decir, afirma que solamente de su sistema debe el juez traer todo el derecho... como si eso fuera posible» (loc. cit., p. 187).

de ahí que, como establece el nuevo artículo 3.º-1 (90), el intérprete precise atender, punto a los criterios gramatical, lógico-sistemático, histórico y teleológico, a la «realidad social» (91) del tiempo en que la

(90) A propósito del cual afirma J. L. VILLAR PALASÍ, op. cit., p. 115: «No puede definirse más breve y contundentemente un sistema de Derecho, sus elementos de unidad y coherencia, su carácter abierto y progresivo, que en estas breves palabras del Código». Vid., sin embargo, J. L. DE LOS MOZOS, loc. cit., p. 536, quien sostiene que «gramaticalmente hubiera podido mejorarse» el texto del artículo 3.º-1.

(91) En fórmula ejemplar, el Tribunal Supremo destacaría así, en su sentencia de 21 de noviembre de 1934 (R. A. 1.833), la importancia del *elemento sociológico* en la interpretación (el caso requería una interpretación de los artículos 135 y 140 del Código civil menos rigorista que la acostumbrada): «Aún sin acoger todas las conclusiones propugnadas por los partidarios del llamado método *histórico-evolutivo* de interpretación de las normas jurídicas —dice el segundo considerando—, puede admitirse hoy, como doctrina ponderada y de muy general aceptación, la de que no bastan, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos *gramaticales* y *lógicos*, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento *sociológico*, integrado por aquella serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico». El propio considerando refleja la tensión que así se plantea entre firmeza y evolución, entre prudencia y arbitrariedad («y si bien es cierto que esos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo...»), por lo que busca en definitiva su apoyo en un «consensus» expresado en la ley constitucional («...se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata, no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento, de manera inequívoca, en la ley suprema del Estado»), respecto de la que precisamente da el Tribunal Supremo una aleccionadora muestra de «jurisprudencia principal» que no consiente la esterilización de los postulados de aquella mediante la consabida invocación de su carácter programático (vid. el 5.º considerando).

La fórmula inicialmente reproducida, será literalmente reiterada por el T. S. en la sentencia de 24 de enero de 1970 (R. A. 319), de la que es ponente BONET RAMÓN, en un caso en que se niega la reivindicación de un edificio incautado a la Compañía de Jesús.

También es suscrita aquella doctrina por la «RDGR» de 26 de marzo de 1968 («ADG», p. 305), en cuyo 5.º considerando se advierte, además (y para flexibilizar la aplicación del art. 135 del Código civil a la luz de la moderna legislación de Registro civil), que «no es la concepción del Código según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación, la que debe inspirar la interpretación de los nuevos preceptos, sino justamente lo contrario, incluso los preceptos del Código deben ser interpretados según la nueva concepción jurídica y, por tanto, restrictivamente, cuando la contraríen...», lo que a su vez es reproducción de lo que la propia Dirección General había resuelto en 8 de octubre de 1964 («ADG», p. 374) a propósito de las divergencias entre el artículo 137 del Código y el 188 del RRCiv (5.º considerando). Vid. J. L. VILLAR, op. cit., p. 66.: «El sistema jurídico —afirma— actúa consciente de la dinámica social, que es hoy totalmente contraria a la justificación de las leyes por su antigüedad, sino justamente

norma haya de ser aplicada (92); y que en esta aplicación haya de ponderarse la «equidad», por donde se descubre que no sólo son enjuiciados los hechos según la ley, sino también la propia ley es criticada a la luz de los hechos (93), y así aquel proyecto de justicia que la norma propone abstractamente, se «re-ajusta» en su ineludible tránsito a lo concreto (94).

El carácter abierto del sistema queda evidenciado, en fin, con la introducción, a un nivel de principio, de fórmulas necesariamente genéricas (buena fe, abuso del derecho), que, como tales, comportan un reenvío a parámetros y criterios de juicio externo (95).

9. Los escrúpulos surgirán espontáneos: ¿qué amenazas hay aquí para el fundamental postulado de certeza? (96). Comencemos por afirmar, en este punto, que la certeza es un valor jurídico abstracto; no un

por su modernidad y en razón a ser las modernas más adecuadas a las circunstancias sociales en que la ley se aplica».

(92) Curiosa es la inversión de orden que, en el enunciado de los criterios interpretativos, se produce en el texto articulado (el art. 3.º-1 lo cierra con «alusión al «espíritu y finalidad» de las normas» respecto de la Ley de Bases (la base segunda, uno, lo cerraba con la referencia a la «realidad social»). Rechaza J. L. VILLAR, op. cit., p. 15, que la nueva redacción del título preliminar pueda estimarse como una jerarquización de los instrumentos interpretativos.

(93) Estos son —escribe A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, II, Madrid, 1971, p. 119— algo más que «el caso» o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas.

Desde esta perspectiva, se comprende que la formación judicial del derecho aparece no ya como simple apéndice de la ley, sino —como dice GAMBINO, loc. cit., pp. 256-257— como elemento funcionalmente necesario a la formulación de las proposiciones jurídicas.

(94) Pues sin esa condición transeúnte hacia lo concreto, perdería validez la abstracción inherente a una estructura sistemática; cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 495, y J. L. VILLAR, op. cit., p. 49.

(95) Por donde la actividad del juez, que en un sistema cerrado se pretende limitada a declarar la voluntad de la ley, concurre aquí a determinar el contenido de las normas o del sistema normativo; cfr. P. BARCELONA, op. cit., pp. XXIV-XXV. Precisamente estas fórmulas genéricas funcionan también como *válvulas de seguridad* frente al peligro de envejecimiento de un sistema codificado. (Id., pp. XL-XLI). Vid. G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto*, cit., pp. 948-949.

(96) Ya advierte el preámbulo del Decreto de 1974 que, con la ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación, se introduce un factor cuyo empleo es «ciertamente muy delicado». En cuanto a la invocación de la equidad, el enunciado de la base segunda-dos explicitaba claramente sus implicaciones con el postulado de seguridad: «Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad *presidirá* la aplicación de las normas...». Aristado como aparece aquí el conflicto, el texto articulado busca ya, en el modo de redactar, el primer paso hacia la conciliación: aquél respeto abandona la escena, pero también la equidad debe descender de su «presidencia» para pasar a «ser ponderada» (si bien seguramente no como mera comparsa, por «modesto» que le encomiende su papel el preámbulo del Decreto).

dogma absoluto ni acreedor, de suyo, de privilegios excluyentes, sino uno de tantos valores jurídicos que incluso se encuentran en conflicto entre sí. La certeza es —en aguda expresión de Merryman— como la reina del ajedrez: se puede mover en cualquier dirección (97). Sabemos que la certeza de la ley se presenta como una exigencia de la codificación, que surge del abatimiento de un sistema feudal en el que la incerteza del derecho consentía la instrumentalización de éste a favor de la clase dominante (98). También sabemos que en la Italia de Mussolini, por ejemplo, algunos intentos de los fascistas de convertir el derecho en un instrumento del estado totalitario fueron afortunadamente rechazados por los juristas (99) en nombre de la certeza de la ley (100). Pero hemos aprendido, igualmente, cómo se degradan, sobre todo por un proceso de normación más burocrático que democrático, las funciones de la ley (101).

Y es que, en su raíz, el problema de la certeza, como tal, es propia-

(97) J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 88. Sobre la equivocidad del postulado de seguridad, vid., también, L. DíEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., pp. 303 ss., advirtiendo oportunamente sus implicaciones políticas. Un penetrante estudio de este postulado liberal, en A. VACHET, *La ideología liberal*, vol. 1, trad. de Fernández Albaladejo y otros, Madrid, 1972, pp. 193 ss., donde, entre otros aspectos, analiza cómo «para los no propietarios, la seguridad no sería otra cosa que el vehículo de su explotación y sumisión a un orden del que están excluidos» (p. 202).

(98) Cfr. L. DíEZ-PICAZO, *Experiencias*, cit., p. 158; P. BARCELLONA, op. cit., p. 37; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 38. El principio de legalidad tenía, sin embargo, un claro trasfondo político en el acceso al poder de la clase burguesa, factor imprescindible para la explicación de las posteriores «metamorfosis» y contradicciones (vid. *supra*, n. 66). El individualismo liberal, traducido en una forma de pacto, sugería una conquista universal pero sólo tendería a consolidar las conquistas de una clase. ¿Qué forma de tutela para los «derechos conquistados» puede ser más eficaz —escribe P. BARCELLONA, op. cit., p. 47— que la que deriva de fundarlos en una «convención» entre todos los miembros de la comunidad? La civilización de los derechos naturales innatos y su transformación en derechos derivados del contrato o del Estado —añade—, es en este sentido la mejor garantía de su estabilidad. El postulado de seguridad presenta, desde esta perspectiva, ciertas relaciones con el miedo: «le Code civil —escribe A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 55— est un monument de la PEUR... Mais il est le Code d'une peur très particulière, celle du petit-bourgeois qui a vu ses aspirations individualistes comblées, et veut se prémunir contre le risque qu'il court, de perdre les avantages acquis». Bien se comprende que J. CARBONNIER, op. cit., pp. 140 ss., hable de un renacimiento de la «angustia», toda vez que la ley, otrora presentada como una armonía de intereses, deviene con frecuencia un episodio del conflicto social (p. 147). Y aquella seguridad, que el Estado garantizaba, mediante un arbitraje que impedía toda violación de las reglas del juego, ¿dónde quedaba, una vez el propio Estado asumiese la eliminación de las asperezas de la vida y comenzase a hacerse cargo de los vencidos?

(99) La famosa obra de Flavio LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del diritto*, se publica en Roma en 1942 (Tipografía Consorzio Nazionale), agotándose rápidamente la edición.

(100) Cfr. G. CAPOGRASSI, en *Il dibattito sulla certeza*, apéndice a la 9.^a ed. de *La certeza*, cit. (Giuffrè) Milano, 1968, p. 279; S. RODOTÀ, *La codificazione*, *Introduzione*, cit., p. 27; J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 88; muy precisas matizaciones, en P. BARCELLONA, op. cit., pp. 54-55.

(101) Vid. *supra*, nota 67.

mente político (102), en el doble sentido que —con Rodotà (103)— podemos atribuir a esta expresión; en el sentido de que, hablándose de certeza, no se alude a un particular bien jurídico a tutelar, sino a la elección de un particular ordenamiento jurídico respecto de otro; y en el sentido de que la certeza encuentra posibilidad de realización sólo allí donde existe un contexto político-social sustancialmente homogéneo. En otros términos, un discurso sobre la certeza es siempre un interrogarse sobre la opción política conforme a los tiempos en que se vive.

Con estas precisiones, y según lo ya expuesto anteriormente, no parece suficiente instalar el postulado de certeza en una concepción exclusivamente legalista (104), ni plantearlo en relación con una justicia genéricamente entendida (105). La evolución social contesta cotidianamente a la certeza legal, denunciando la prematura obsolescencia de las leyes. Un planteamiento actual de la certeza ha de situarse en el plano más concreto de la vida del derecho, convergiendo con el problema de la adherencia a estructuras sociales sujetas a un impetuoso desarrollo: desde tal perspectiva, su solución debe apuntar a una renovación de la teoría de la interpretación y de la aplicación del derecho (106). Y, pese a las ambigüedades de todo quehacer enfrentado siempre con las tareas apremiantes de la historia y de los intereses sociales, hay que anotar como mérito indudable de dicha teoría el destacar adecuadamente el nivel histórico en que la función del operador jurídico ha de situarse.

Creemos, por ello, que una relativización del dato normativo como la que el nuevo título preliminar propone, no debe tanto ser concebida como un atentado a aquella certeza que, genéricamente entendida, suscitaba todos los escepticismos, cuanto como un factor verdaderamente propicio a la búsqueda de una certeza concreta (107) que dé suficiente razón del ordenamiento como experiencia jurídica.

(102) Cuando, por ejemplo, G. TEDESCHI, loc. cit., defiende a la ley como «centro de gravedad del sistema» (p. 218), y argumenta en tal sentido que «la ley es cierta», y que «constituye un derecho popular, y es de fácil cognición incluso a los profanos» (p. 205), parte en realidad de un postulado democrático cuya efectividad da por supuesta.

(103) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 96.

(104) El problema de la certeza implicado en la tensión derecho legal-creación judicial, no puede resolverse sin más con la invocación del principio de legalidad, que a su vez se plantea hoy también como problema; un problema que, como el postulado mismo de la división de poderes y las relaciones del poder legislativo con el poder judicial, reclama una interrogación histórico-crítica. Recogiendo las puntualizaciones de CARRIÓ (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965, pp. 79-89) a propósito de las funciones descriptiva (o informativa) y prescriptiva (o persuasiva e ideológica) que en el lenguaje tiene la frase «creación de derecho» aplicada a la actividad judicial, así lo subrayan en Italia G. TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, en *Atti del VII Congresso nazionale di filosofia del diritto*, vol. cit., p. 355, y G. CATTANEO, *Considerazioni sul significato dell'espressione «i giudici creano diritto»*, ibid., pp. 250 ss.

(105) Cfr. F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, «Riv. Dir. Processuale», 1950, I, pp. 115 ss.

(106) Cfr. M. CORSALE, en el Apéndice a la 9.ª ed. de *La certezza del diritto*, de F. LÓPEZ DE OÑATE, cit., pp. 296-300.

(107) Esa certeza concreta, efectiva y sustancial, cuya necesidad destaca oportunamente D. CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori*, cit., pp. 271-272.

10. Si la propia ley remite a instancias extralegales, cabe esperar que el operador jurídico, asumiendo la responsabilidad que esto implica (108), sepa ver lo que de prescriptivo tiene una tal remisión.

En concreto, se impone de modo inaplazable esa labor de depuración jurisprudencial que ya hace un decenio urgía Díez-Picazo (109). Y es aquí, justamente, donde parece cobrar todo su sentido la denuncia de aquel «peligro» para la seguridad jurídica; denuncia que, por nuestra parte, entendemos como una interrogación: ¿está nuestra judicatura en grado de asumir la ineludible y comprometida misión que le cumple? (110).

Propendiendo fácilmente al hábito, la concepción técnica y supuestamente neutral de la actividad judicial —como, en general, la actividad del jurista— justifica el temor de su perduración. Ha perdido, sin embargo, el refugio legalista de un sistema cuyo hermetismo ha sido formalmente roto. La ley rubrica, ahora, la exigencia de una actitud sensible y crítica (111) por parte del operador jurídico. Y esta actitud ha

(108) Nunca como ahora han subrayado los juristas el carácter no neutral ni descriptivo de la ciencia jurídica y han reivindicado la amplitud de su compromiso y de su responsabilidad social. Cfr. P. BARCELONA, op. cit., pp. XI-XII; G. TARELLO, loc. cit., en la nota 81; E. BETTI, op. cit., pp. 315 y 325; K. LARENZ, op. cit., p. 208; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, «Riv. Dir. Comm.», 1942, I, p. 345, advertía: «La dottrina giuridica che sia consapevole della sua funzione e delle sue responsabilità, non può dimenticare i fini pratici a cui è necessariamente preordinata l'opera del giurista: non solo dell'avvocato o del giudice, ma anche del giurista scienziato»; en similar sentido, el Presidente de nuestro Tribunal Supremo en el discurso de apertura de los Tribunales de 15 de septiembre de 1973 (V. SILVA MELERO, *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*, cit., p. 413).

(109) L. DÍEZ-PICAZO, *Reflexiones sobre la jurisprudencia*, cit., p. 935.

(110) Ya CASTÁN, en su discurso de apertura de los Tribunales de septiembre de 1953, sobre *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, 1953, p. 158, advertía a tal propósito la importancia de «las condiciones morales y nivel de cultura del órgano judicial en cada país y momento histórico», planteando como necesidad perentoria la de «procurar por todos los medios estimular esas condiciones».

(111) Pues, como dice C. ONECHA SANTAMARÍA, loc. cit., p. 139, «la problemática económico-social, para el jurista, debe ser fuente de un sinnúmero de sugerencias». Lo que tanto vale para el juez como para el estudioso del derecho: la ciencia jurídica debe insistir en la ruptura del prolongado ensimismamiento de los estudios jurídicos que el positivismo legalista propiciaba. Por más que el ansia de alcanzar una «pureza» del método creyera encontrar su satisfacción por los exclusivos caminos de la lógica formal, lo cierto es que daba como resultado un cuerpo de doctrina altamente artificial, «aislado deliberadamente de lo que sucede fuera, en el resto de la cultura» (J. H. MERRYMAN, op. cit., p. 116). Y así, frente a una ciencia jurídica que «busca sólo lo que ya ha encontrado y encuentra sólo lo que quiere encontrar» (U. CERRONI, *La libertà de los modernos*, trad. de R. de la Iglesia, Barcelona, 1972, p. 39), prepondera la convicción de que «el jurista actual, si quiere cobrar conciencia auténtica de sí y de su labor, no tiene más remedio que despertar del sueño de la razón pura, situándose en el suelo de la realidad» (E. GÓMEZ ARBOLEYA, loc. cit., p. 15). En fin de cuentas, como afirmaba G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951, p. 4, «dans les sciences sociales nul ne peut conserver la froide impartialité du savant». Bien sabido es que no puede haber ciencia sin rigor, pero no es menos cierto que «no todo el rigor es estrictamente lógico ni todo lo que no sea rigor lógico no es rigor» (A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, vol. cit., p. 198).

de instalarse ya —primera ruptura en el formalismo— en los momentos iniciales del discurso. Tampoco en el momento terminal del «iter», en la fase de exteriorización, ha de encontrar obstáculo la sentencia para revelar los factores reales —segundo nivel de ruptura con el formalismo— de la decisión.

Lo que la sentencia no revele, ha de ser desvelado mediante una «depuración doctrinal» que —como propugna Díez-Picazo (112)— acometa sin tardanza una seria labor de análisis, estudio, anotación y comentario de la jurisprudencia (113), desterrando en lo posible ese modo de proceder de nuestros repertorios y de nuestras revistas técnicas y especializadas, tan propicio a una nociva axiomatización de la jurisprudencia (114).

La crítica que mediante este análisis sea posible (115), ha de constituir seguramente uno de los más eficaces dispositivos de control —concurriendo a despejar los peligros de arbitrariedad (116)— y estímulo en el protagonismo que la función aplicativa del derecho debe asumir dentro del proceso de evolución jurídica —y, en sustancia, renovación— que la experiencia contemporánea plantea indeclinablemente. Evolución y renovación jurídicas, cuya primera condición de viabilidad se encuentra en un ordenamiento jurídico transparente, un ordenamiento que se perciba en su historicidad, sin esconder su adherencia a los factores político-sociales que constituyen su imprescindible —que no irremediable— contexto.

11. Por semejantes cauces es posible, también, advertir con Hernández Gil que la codificación es, antes que una meta inmóvil, «un pro-

(112) L. Díez-PICAZO, loc. cit.

(113) Conocida es la densidad y riqueza de esta labor en las publicaciones periódicas francesas, siendo clásica, como obra general, la de H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, que ha alcanzado la 5.^a ed. (refundida por A. WEILL y F. TERRÉ) en 1970. Aportación fundamental, como obra del mismo signo, se debe en nuestro país a L. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I (2.^a ed., Madrid, 1973) y II (Madrid, 1969). Todavía están por hacer estudios monográficos por instituciones, de modo parecido a la *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, que en Italia (Padova, CEDAM), dirige M. ROTONDI, y de la que en 1972 habían aparecido ya 21 volúmenes, si bien puede advertirse que tales trabajos adolecen todavía de cierta desatención por el estudio del «caso». Recientemente destaca G. GORLA la importancia del análisis histórico para una investigación de este tipo (*Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?*, comunicación al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Teherán, septiembre de 1974, publicada en *Il Foro Italiano*, 1974, V, col. 241 ss.).

(114) Vid. *supra*, nota 85.

(115) Y este análisis no debe menospreciar los datos que una exploración sociológica (como ya advierte L. Díez-PICAZO, loc. cit., p. 932) puede aportar. Vid., para Italia, R. TREVES, *Una ricerca sociologica sull'amministrazione della giustizia in Italia*, «Rivista di Diritto Processuale», 1965, pp. 231 ss.

(116) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 228; A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, «Riv. Dir. Civ.», 1959, I, pp. 506-508; H. DESCHENAUX, *Le traitement de l'équité en droit suisse*, en *Recueil de travaux suisses présentés au VIII Congrès international de droit comparé*, Basel, 1970, pp. 31-32.

ceso en marcha», y que si el abandono de la codificación como dogma de absoluta verdad no desemboca necesariamente en su rotunda negación como exigencia del cambio de mentalidad, es porque, cada vez con más convicción, se afirma una tercera posibilidad: «la codificación como problema» (117). Si, por consiguiente, la codificación puede ser caracterizada como un «proceso», como «algo que es y existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura» (118), es claro que también la cuestión de la «reforma» ha de afrontarse con parecido talante: forma (o procedimiento) y contenido son dos aspectos que ahí se implican recíprocamente, y es por ello comprensible que una reforma integral y sistemática (código nuevo) no garantiza por sí la renovación, del mismo modo que, para que ésta se haga posible, condición primordial es la efectiva dinamicidad de un ordenamiento jurídico flexible y transparente. En este último aspecto, cabe afirmar que la reciente reforma del título preliminar del Código civil se presenta como un factor de verdadera renovación.

En fin, ante la alternativa entre negar al título preliminar toda trascendencia renovadora (nada añade a la situación anterior) (119) y la denuncia de los peligros de arbitrariedad e inseguridad que puede introducir, acaso convenga recordar las palabras con que Berlier pudo responder a las objeciones planteadas en el Tribunalado, en el curso de los trabajos preparatorios, al texto del que sería después artículo 4.º del *Code* (120): «Además, no es una proposición o un uso nuevo; lo que prescribe el artículo, es precisamente lo que hoy se practica por los jueces que conocen sus deberes y quieren cumplirlos; y no es propiamente necesario más que para aquellos que se alejan del método indicado por la razón y la necesidad» (121).

(117) A. HERNÁNDEZ GIL, *Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, 1970, pp. 3 y 18.

(118) A. HERNÁNDEZ GIL, op. cit., p. 24. Tal es, en definitiva, el modo en que el derecho puede asumir su modo de ser dialéctico frente a la historia: si, de un lado, aparece como la negación de ésta, de otro se presenta él mismo como un hecho concreto en que la historia encarna, deviene realidad vivida de hombres y de experiencias (S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 89).

(119) No sería inoportuno recordar, respecto de ello, y aún con todas las salvedades, las palabras de J. FRANK: no se trata de saber si podemos decidir libremente, sino de admitir que ya gozamos realmente de esta libertad (cit. por J. PUG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., p. 29); vid. también G. TEDESCHI, loc. cit., p. 193, citando en similar sentido a H. KANTOROWICZ.

(120) Era entonces el art. 6 del proyecto: «El juez que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado de denegación de justicia». En él vieron algunos oradores del Tribunalado una amenaza contra la prerrogativa del legislador.

(121) LOCRIÉ, op. et vol. cit., p. 386. El poder creador del juez que en este precepto está implícito lo consideraba BERLIER «una verdad precisa y elemental». Vid. ahora, J. L. LACRUZ, *Elementos*, cit., p. 62, a propósito del nuevo artículo 1.º-7 de nuestro Código civil, advirtiendo que «al obligar al juez a juzgar siempre y en todo caso, necesariamente le autoriza a *inventar* la norma que no existe, si bien en todos los ordenamientos continentales suele ello disimularse tras la apariencia de interpretación de la ley o aplicación de los principios» (vid. *supra*, nota 52).

La «lesión» en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino y en algunas legislaciones modernas

LUIS MOISSET DE ESPANES

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. NUEVAS FORMULAS REPRESIVAS DE LA "LESION": 1) *Elementos*.—IV. EVOLUCION DEL PROBLEMA EN EL SISTEMA JURIDICO ARGENTINO.—V. LA LEY 17.711 Y EL ARTICULO 954 DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO: 1) *Elementos de la figura. Vacilaciones de la doctrina y jurisprudencia nacionales*. 2) *Elemento objetivo*: a) Momento en que debe apreciarse la desproporción. b) Subsistencia de la desproporción a la fecha de la demanda. 3) *Primer elemento subjetivo: situación de la víctima*: a) Carácter de la enunciación. b) Necesidad. c) Inexperiencia. d) Ligereza. 4) *Segundo elemento subjetivo: actitud del lesionante*. 5) *Presunción de aprovechamiento. Sus efectos*. 6) *Ambito de aplicación de la figura*: a) Los negocios unilaterales. b) Los contratos gratuitos. c) Los contratos aleatorios. d) Las subastas judiciales. 7) *Acciones concedidas a la víctima de un acto lesivo*: a) Nulidad relativa o rescisión. b) Modificación o reajuste. c) Oportunidad para ejercer la acción. 8) *Plazo de prescripción*. 9) *Titulares de la acción*: a) Transmisión por actos entre vivos. b) Ejercicio de la acción por acreedores de la víctima.—VI. ALGUNAS LEGISLACIONES MODERNAS: 1) *El Código civil griego de 1946*: a) Antecedentes de la codificación. b) Dispositivos vinculados con la lesión. 2) *Código civil de Etiopía de 1960*. 3) *Código civil húngaro (1960)*: a) Antecedentes de la codificación. b) Normas sobre lesión. c) Prescripción de la acción. Plazo. Momento inicial. 4) *Código civil polaco de 1965*: a) Notas sobre la labor de codificación. b) Normas sobre lesión. 5) *Código civil portugués de 1967*: a) Notas sobre la labor de codificación. b) La lesión en el nuevo código. c) Lesión subjetiva. d) Lesión objetiva. e) Caducidad de la acción. 6) *Compilaciones forales españolas*: a) Compilación de Cataluña de 1960. b) Compilación de Navarra de 1973.

I.—INTRODUCCION

La Ley 17.711, del año 1968, introdujo reformas fundamentales al Código civil argentino, especialmente en lo que hace a su orientación.

Se ha dicho muchas veces que el Código pecaba por ser extremadamente individualista y, aunque la crítica pueda ser hasta cierto punto acertada, no debemos exagerarla, pues es conveniente recordar cuáles eran las doctrinas filosóficas y económicas en boga a la época de la sanción del Código. Es verdad que su autor —Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD— ha dejado amplio margen a la autonomía de la voluntad, pero ello se debe a que el codificador, fiel exponente de las ideas que imperaban en su tiempo, ha sido consecuente con ellas.

Hoy, a un siglo de distancia, es muy fácil formular reproches a ese individualismo exagerado, porque la perspectiva del tiempo nos permite apreciar los errores en que ha incurrido y los males que ha acarreado. Pero en la época de VÉLEZ SÁRSFIELD parecía ser el medio más adecuado para el progreso, tanto económico como técnico y científico. En la actualidad, con los problemas a la vista, creemos haber hallado la solución definitiva en la “socialización” del derecho, pero no hay que olvidar que la vida plantea a cada instante nuevos problemas, que exigen nuevas soluciones.

Recordemos que VÉLEZ SÁRSFIELD había rechazado expresamente la “lesión enorme” y que en la nota final al Título I, Sección 2.^a, Libro Segundo, que generalmente suele citarse como nota al artículo 943, suministra las razones por las cuales prefirió no incluir en nuestra legislación la mencionada institución.

Pero, quizá debemos preguntarnos: ¿qué es la lesión, y cuáles son los elementos que la caracterizan?

Se trata de una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que, explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad, consigue en un contrato ventajas inicuas.

En todas las épocas es dable advertir que las clases dominantes han ido concentrando el poder político y el poder económico en manos de unos pocos y suelen aprovechar su posición ventajosa para explotar la debilidad o inferioridad de otros.

Ese aprovechamiento y explotación serán siempre condenados por el derecho, y si los juristas no saben poner remedio a esa situación, la solución será otra: la revolución y el caos que, como bien dice DURANT (1), tienden a nivelar a todos por abajo. Por eso, en ese vaivén histórico, en esa serie de altibajos, conviene que, frente a los

(1) DURANT, Will: *Nuestra herencia oriental*, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1952, p. 43: “Cada civilización al crecer es escenario de desigualdades crecientes, hasta que llega a un punto crítico donde los pobres o débiles no tienen nada que perder con la violencia y el caos de la revolución nivela nuevamente a los hombres en una comunidad de miseria.”

aprovechamientos abusivos, seamos los hombres de derecho los que acudamos con normas oportunas a poner límite a las explotaciones injustas.

II.—ANTECEDENTES HISTORICOS

Una ojeada retrospectiva muestra que desde muy antiguo el jurista y el legislador han debido ocuparse del aprovechamiento de la debilidad del prójimo para proteger a los necesitados. Quizá los primeros antecedentes de la lesión que encontramos en materia legislativa se hallan en Babilonia, en el Código del príncipe legislador, Hammurabi. En la introducción hay dos párrafos, el primero de los cuales habla de proteger a los débiles y el segundo de que es necesario defender a las viudas y a los débiles del aprovechamiento de los poderosos. Luego hay una serie de cláusulas que prohíben los intereses usurarios —que constituyen una de las formas típicas de la explotación lesiva—, determinan precios máximos para alimentos o artículos de primera necesidad; fijan los honorarios o retribuciones de ciertas profesiones. En resumen, hay una clara intervención del Estado, por medio de estas normas sancionadas por el legislador, para evitar los aprovechamientos lesivos.

Pero la primera fórmula represiva de la lesión, con carácter general y concreto, es una Constitución de Diocleciano, incorporada por Justiniano al “*Corpus Iuris*”, que suele denominarse “Ley Segunda” (2). Ese texto tiene como característica especial que sólo ha tomado en cuenta para la anulación del acto lesivo la desproporción entre ambas prestaciones, considerando que cuando excede de la mitad del justo precio la venta debe ser anulada.

A partir de este primer texto que encontramos en el Derecho romano, la institución sigue evolucionando, y pasa por una serie de altibajos.

En Oriente, donde el imperio romano bizantino subsiste hasta 1459, alcanza cierto brillo, pues el texto de la compilación justiniáneas es mejorado notablemente en las “*Basílicas*” (3).

En Occidente, caído el Imperio Romano, y fraccionado su antiguo territorio en distintos estados provinciales —como podríamos llamar a las monarquías y estados feudales que se forman en Europa— se olvida momentáneamente la institución, que va a renacer recién cuan-

(2) Código 4-44-2: “Si tú o tu padre hubieris vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriese, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero.”

(3) “Si alguien vende su bien a precio vil, puede recobrarlo restituyendo el precio (el precio es vil cuando no alcanza a la mitad de la estimación). Pero si el comprador prefiere entregar lo que falta del justo precio, podrá conservar la cosa vendida. El mismo derecho pueden ejercitarlo los hijos del vendedor.”

do la Escuela de Bolonia y los glosadores redescubran en cierto modo el "Corpus Iuris Civile", efectúen detenidos estudios de sus normas, y difundan su aplicación por toda Europa.

A los estudios de la Escuela de Bolonia, de los glosadores y posglosadores, se va a sumar también la influencia de los canonistas, que contribuirá en gran medida al auge de la "lesión".

La Iglesia Católica condenaba en aquella época la "usura" como preñada no como interés excesivo, sino como cualquier préstamo a interés; y esto tiene cabal explicación en el tipo de economía imperante en la Edad Media. La sociedad no era de tipo industrial, sino esencialmente agrícola, de consumo; y los préstamos de dinero no tenían como función el utilizar ese capital en actividades productivas, sino que se empleaban para satisfacer necesidades inmediatas de consumo y entonces se hacía muy gravoso para quien pedía el préstamo, tener que pagar un interés. Ese tipo de economía y el destino que se daba a los préstamos —que, repetimos, no era la producción, sino el consumo— tenían como consecuencia que *cualquier interés*, aunque pequeño, resultara excesivo. Desde entonces el vocablo *usura* adquirió el significado peyorativo que se le acuerda hoy.

En esa época la lesión, con fórmulas calcadas del Derecho romano, alcanza su máximo esplendor, se difunde por todos los países de Occidente y se aplica a todos los contratos y actos jurídicos, aun los aleatorios. Baste señalar que llega a hacerse extensiva a las donaciones, lo que, a nuestro entender, constituye una aberración. Se decía que había lesión en las donaciones si el donante había dado más del doble del beneficio que esperaba recibir como gratitud; es decir, de la gratitud a la cual él se creía acreedor. Evidentemente, el sentido de liberalidad que inspira a las donaciones impide que en ellas sea aplicable el instituto de la lesión, y las exageraciones a que se llegó en la aplicación de las fórmulas objetivas traerán luego aparejada la decadencia de la institución (4).

Agreguemos que, por influencia del Derecho canónico, al procurar determinar el elemento objetivo de la desigualdad en las prestaciones que debía superar la mitad del valor de la cosa, se agudiza el problema del "justo precio", que no depende de la voluntad de las partes contratantes, ni de sus deseos o necesidades, sino que es intrínseco de la cosa o servicio. Pero la noción de "justo precio" es a veces imprecisa y fluctuante y complica el panorama, pues resulta difícil determinar cuál es el justo precio de una cosa: ¿su costo de producción?, ¿o puede permitirse incrementar este precio en una suma más o menos módica que conceda alguna ganancia? ¿Y cuando se traslada la cosa de un lugar a otro, aunque ella permanezca inalterada en sí misma, se le ha incorporado algún valor que justifique modificar su precio? Muchas de las críticas dirigidas a la lesión se han fundado en la imposibilidad de establecer el justo precio como base para:

(4) Ver nuestro libro *Lesión en los actos jurídicos*, Imp. de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1965, p. 45, núm. 52.

la determinación matemática de la desigualdad objetiva en el valor de las prestaciones.

Con el correr del tiempo el desarrollo del comercio pone de relieve la necesidad del préstamo con intereses limitados; y entonces ya no se hablará de usura, sino que aparecerá el vocablo "interés", como sinónimo del "justo precio" por el uso del capital prestado. Además, surgen nuevas ideas filosóficas y poco a poco los juristas, que antes habían ensalzado la institución, comienzan a criticarla, y uno de los principales defectos que le señalan es el hecho de que la mera desproporción objetiva de las prestaciones no es suficiente para caracterizar un aprovechamiento lesivo, ni para justificar la nulidad del acto. Se toma como ejemplo, precisamente, la donación, porque en este contrato encontramos el ejemplo más palpable de una inequivalencia objetiva de las prestaciones —la máxima inequivalencia posible, porque una de las partes recibe todo, y no entrega nada—, pero sin embargo, debido al *animus* que inspira al donante no puede hablarse de que exista allí un contrato lesivo.

La Escuela Clásica de la Economía Política, que impone sus principios de "laissez faire, laissez passer"; los postulados de la Revolución Francesa: "Libertad, igualdad, fraternidad"; la libertad proyectada en el campo de los contratos: libertad absoluta para contratar; la máxima "pacta sunt servanda", considerada intocable como exponente del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos, van a acentuar y acelerar el proceso de desgaste de la lesión.

Las críticas se agudizan; llega el proceso de codificación, inmediatamente después de la Revolución Francesa, y vemos que el codificador limita la acción de rescisión por lesión solamente a las compraventas de inmuebles; y para poner de relieve que la desproporción debe ser muy considerable, en lugar de tomar la medida objetiva de los romanos: "ultra dimidium" (más allá de la mitad), acrecienta la diferencia y dice que debe exceder los 7/12, y así encontramos la fórmula del artículo 1.674 del Código civil francés, que es imitada por casi todos los códigos de la época, que siguen idénticos senderos.

Pero, a mediados del siglo XIX nuevos códigos europeos (5) y americanos (6), más consecuentes aún con estas ideas liberales, las llevan hasta los últimos extremos y consideran que la intangibilidad de la voluntad es tal que jamás podrá rescindirse un contrato por la mera desproporción de prestaciones. Si las partes lo han querido así, esa voluntad debe ser respetada, porque han elegido lo que creyeron mejor para ellas.

Es cierto que hoy, después de cien años, advertimos que la apli-

(5) Entre los códigos europeos podemos mencionar el antiguo Código portugués de 1867, obra del marqués de Seabra, que rechazaba totalmente la lesión. Más adelante veremos el nuevo Código portugués, de 1967, que ha reincorporado el instituto y se ocupa detenidamente en reprimir todo aprovechamiento usurario.

(6) En América podemos mencionar los Códigos de Panamá, Honduras, Guatemala y Costa Rica (posteriormente el nuevo Código de Guatemala legisla sobre "contratos usurarios" en el art. 1.542).

cación de estos principios ha llevado a grandes injusticias, pero no debemos olvidar que quizá en ese momento la incitación de lucro —ese “interés” de que nos habla IHERING— era el estímulo que iba a provocar la respuesta necesaria para que el mundo occidental produjera riquezas y adelantos técnicos en proporciones jamás vistas. Todos esos progresos han sido motivados por una “incitación”, pues como enseña TOYNBEE estos estímulos constituyen el “motor del progreso humano” (7).

El problema más serio es que no hemos sabido distribuir las riquezas obtenidas, y ello ha acentuado las desigualdades existentes; por eso nuestros esfuerzos deben encaminarse a corregir la mala distribución de las riquezas.

III.—NUEVAS FORMULAS REPRESIVAS DE LA “LESION”

Con el fin de prevenir mayores males sociales, y evitar la explotación de los débiles y necesitados, se procura incluir nuevamente la lesión en los modernos cuerpos legales, pero ya no se echa mano a la desprestigiada fórmula romana, que sólo atendía al elemento objetivo de la desproporción excesiva en las prestaciones, porque ese elemento se considera insuficiente para caracterizar la institución, que se completa con elementos subjetivos, a saber: la inferioridad de la víctima y el aprovechamiento o explotación de ese estado.

El Código civil alemán, sancionado en 1896, entró en vigencia en 1900; pese a que en un primer momento los comentadores del nuevo código afirmaron que también allí se había borrado la lesión del ordenamiento jurídico, se advierte luego que el artículo 138 (8) había hecho renacer la institución con un nuevo ropaje que la hace más aceptable al pensamiento jurídico, porque tiende a destacar en su integridad todos los elementos necesarios para configurar la institución.

La fórmula contenida en el mencionado artículo 138 no es nueva, sino que ha venido del Derecho penal, donde nació como norma destinada a combatir la usura. Esto no debe asombrarnos, porque —ya hemos dicho— la usura es precisamente un caso especial de lesión y por ello resulta lógico que la fórmula penal de la usura se transplante luego al Derecho civil (9).

(7) TOYNBEE, Arnold J.: *Estudio de la Historia* (traducción al castellano). Ed. EMECE, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 301: “Incitación y respuesta”.

(8) “Art. 138. Es nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres.

En particular será nulo el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, obtiene para él o para un tercero que, a cambio de una prestación, le prometan o entreguen ventajas patrimoniales que excedan de tal forma el valor de la prestación que, teniendo en cuenta las circunstancias, exista una desproporción chocante con ella.”

(9) Si hiciéramos un poco de historia advertiríamos que estas fórmulas han cumplido un círculo perfecto, pues nacieron en el Código Penal del cantón suizo de Schaffhouse (3 de abril de 1859, art. 230), y de allí pasaron a las

1) *Elementos*

¿Cuáles son los elementos de la figura que aparecen en estas nuevas fórmulas? Son tres, a saber:

a) Uno de carácter *objetivo*, la desproporción, pero ya no medida con topes matemáticos fijos, sino una desproporción que se califica de “chocante”, evidente o considerable (según los distintos códigos), es decir, aquella que hiere la sensibilidad del juez, o la sensibilidad media de la gente, o sea, atenta contra el sentimiento de justicia porque estamos frente a algo que objetivamente resulta inicuo. Al elemento objetivo se suman dos elementos subjetivos:

b) Un *primer elemento subjetivo* se refiere al lesionante, y es el conocimiento y conciencia de que está realizando un acto contra derecho al *aprovecharse* de la situación de inferioridad de la otra parte.

c) Un *segundo elemento subjetivo* se aprecia en la víctima del acto lesivo, que debe encontrarse en situación de inferioridad, provocada por estados que se delimitan de manera taxativa en cada código. El Código civil alemán adopta tres determinaciones para precisar los estados en que puede hallarse la víctima: “necesidad, ligereza o inexperiencia” (10).

El Derecho comparado nos muestra cómo esas situaciones se aceptan con mayor o menor amplitud y ligeras variantes de terminología en todos los códigos modernos.

Dentro de los países occidentales podemos citar el artículo 21 del Código suizo de las Obligaciones (11), en el cual se reemplaza el vocablo necesidad por “penuria”, pero la doctrina y jurisprudencia suizas se esfuerzan por demostrar que uno y otro vocablo son empleados como sinónimos. Lo mismo ocurre en Turquía, que por un fenómeno de “transplante” jurídico (12) adoptó el Código suizo de las Obligaciones; y en el Líbano, cuyo Código de las Obligaciones, en su artículo 214, también habla de penuria, siguiendo el modelo suizo.

leyes penales de Galizia y Cracovia, en Austria (año 1887), y de otros cantones suizos (Bale-Ville, 1872; Zurich, 1883; St-Gall, 1884); para ser recibidas en el Código Penal alemán (mayo de 1880, art. 302).

De los códigos penales se trasladaron al Código civil alemán y de éste al art. 21 del Código suizo de las obligaciones, para volver luego a los nuevos códigos penales, con los retoques introducidos por las leyes civiles.

(10) Para indagar más detenidamente sobre la determinación exacta de los estados en que puede encontrarse la víctima del acto lesivo, ver libro citado en nota 4, núms. 276 a 290, pp. 180 y ss.

(11) “Art. 21 (Código de las obligaciones suizo).—En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, demandar que se anule el contrato y repetir lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia.”

(12) Ver nuestro *Notas sobre el Derecho civil turco*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina, año XXXV, 1971, páginas 311 y ss.

El Código de Méjico de 1927 hace referencia a la "miseria" (13); y el mismo vocablo era empleado en el Código polaco de las Obligaciones (14) del año 1932, en su artículo 42 (15).

Por último, dentro de los países de Occidente merece especial mención el Código civil de Italia de 1942 (16), que considera que no deben tomarse en cuenta las situaciones de ligereza o inexperiencia, porque se alteraría demasiado la confianza que las partes deben tener en el negocio jurídico, y se llegaría a invalidar actos que deberían permanecer firmes; por tales razones sólo admite el estado de necesidad de la víctima como justificativo de la rescisión por lesión.

IV.—EVOLUCION DEL PROBLEMA EN EL SISTEMA JURIDICO ARGENTINO

Antes de analizar la fórmula consagrada por la Ley 17.711 en el nuevo artículo 954 del Código civil, desearíamos recordar brevemente cuál ha sido la evolución del pensamiento jurídico argentino con respecto a la lesión, y a la necesidad de incorporarla al Derecho positivo.

En una primera etapa tuvo neta preeminencia la opinión, concordante con el pensamiento del codificador, de que la lesión estaba bien suprimida. Recién en 1916, en un Congreso de Ciencias Jurídicas y Sociales que se efectuó en la ciudad de Tucumán, se encuentra una declaración tendente a incorporar una fórmula muy similar

(13) "Art. 17 (Código civil de Méjico). Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia, o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y, de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación."

(14) El mencionado Código polaco de las Obligaciones ya no está en vigencia, y actualmente rige el Código civil de 1965, del que nos ocuparemos en detalle en el capítulo VI, apartado 4) de este trabajo.

(15) "Art. 42 (Código polaco de las Obligaciones de 1932).—Si una de las partes, explotando la ligereza, imbecilidad, inexperiencia o miseria de la otra, recibe o estipula, para sí o para un tercero, una prestación cuyo valor patrimonial en el momento de conclusión del contrato está en neta desproporción con el valor de la contraprestación, la otra parte puede demandar la reducción de su propia prestación o el aumento de la contraprestación y, cuando semejante reducción o aumento es difícil de realizar, puede sustraerse a los efectos jurídicos de su declaración de voluntad."

(16) "Art. 1.448 (Código civil italiano de 1942).—Si hubiere desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra, y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato.

La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato.

La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda. No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición."

a la del artículo 138 del Código civil alemán, con el fin de reprimir la usura.

En 1926 el presidente Alvear designó una Comisión (17) encargada de estudiar las reformas que debían introducirse al Código civil. La comisión encomendó a ese insigne jurista que se llamó Juan Antonio BIBILONI la redacción de un anteproyecto, y el mencionado catedrático, al trabajar sobre este punto decidió no innovar, considerando que el artículo 953 del Código civil argentino —que fulmina con la nulidad los actos ilícitos o contrarios a la moral y buenas costumbres— era suficiente para reprimir los aprovechamientos lesivos (18). A nuestro entender, y pese a que ese “standard” general incluido por VÉLEZ SÁRSFIELD en la mencionada norma fue en cierta medida una herramienta útil en manos de nuestros jueces, y ayudó a poner límite a los intereses usurarios (19) y a las cláusulas penales excesivas, no era sin embargo suficientemente dúctil y no permitía poner coto a todos los aprovechamientos lesivos. Por eso la Comisión Reformadora, al elaborar el Proyecto de 1936, no siguió BIBILONI en este aspecto, y proyectó una norma (20) —el artículo 156— que es casi textualmente la traducción del artículo 138 del Código civil alemán (21).

En el proceso de elaboración del proyecto de Reforma pesó, sin duda, el pensamiento del autor platense MORIXE (22), que escribió en 1929 un excelente libro sobre la lesión, el único que existía en la doctrina nacional sobre el tema.

En 1954 el profesor porteño Jorge Joaquín Llambías, que presidía la Comisión encargada de proyectar la Reforma del Código civil, designada por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, dependiente del Ministerio de Justicia, elaboró un anteproyecto (23).

(17) Decretos del Poder Ejecutivo de la Nación, núms. 12.542 y 13.156 del año 1926.

(18) La doctrina argentina ha considerado siempre que la inclusión de esa norma era uno de los aciertos de nuestro codificador; creemos que en la confección del texto ha ejercido notoria influencia —además del Derecho romano— la vieja legislación española, pues, aunque VÉLEZ SÁRSFIELD no la menciona en la nota, encontramos allí textos como el de la partida 5, título 11, ley 28, “in fine”, que después de ocuparse del temor y la violencia, como vicios del acto, expresa: “... todo pleyto fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres que non deve ser guardado...”.

(19) Puede advertirse que en el Derecho español se pone como ejemplo de negocio con causa ilícita a los negocios usurarios (v. Federico de CASTRO: *El negocio jurídico*, Inst. Nac. de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, § 306, página 247).

(20) “Art. 156 (Proyecto de Reforma de 1936).—Se juzgará especialmente contrario a las buenas costumbres el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia ajenas, se hiciese prometer u otorgar para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas de orden patrimonial evidentemente desproporcionadas.”

(21) Ver el art. 138 del Código civil alemán, en la nota 8.

(22) MORIXE, Héctor: *Contribución al estudio de la lesión*. Buenos Aires, 1929.

(23) Es conocido como Anteproyecto de 1954 y su consulta resultaba sumamente difícil, pues sólo se distribuyeron ejemplares multicopiados de los

Allí se incluían dos artículos vinculados con la institución que estudiamos —los artículos 159 y 160— con una característica curiosa, se receptaban simultáneamente las fórmulas subjetivas y objetivas (24); es decir, que podía anularse un acto por lesión cuando se daban todos los elementos de las fórmulas subjetivas del Derecho moderno —desproporción chocante o evidente, más aprovechamiento de una parte, y necesidad, ligereza o inexperiencia, de la otra—, o solamente si había una desproporción que objetivamente excediese de la mitad del valor, como en el Derecho romano. Por cualquiera de las dos vías se llegaba a la anulación.

Esta solución novedosa tenía un solo antecedente: el Código de Austria, pero en dicho sistema legal se justificaba la doble solución porque el Código de Austria de 1811 incorporó la fórmula objetiva (25), copiada del Derecho romano, y luego, al efectuarse algunas reformas a principio de este siglo, se agregó la fórmula subjetiva (26), sin suprimir la otra; de esta manera se había incorporado al Derecho austriaco la nueva institución, dejándola coexistir con la antigua para ver cuál daba mejores resultados.

primeros libros. Recién en 1968, por iniciativa del profesor Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALIA, director del Instituto de Derecho Civil y Comparado de la Universidad de Tucumán, esa casa de estudios ha editado íntegro el Anteproyecto, que está acompañado de extensas notas que ilustran los textos que en él se incluyen.

(24) "Art. 159 (Anteproyecto de 1954).—Si mediare desproporción evidente entre la prestación de una de las partes y la contraprestación correspondiente, el acto podrá anularse, cuando la lesión hubiese sido determinada por la explotación de la desgracia, ligereza o inexperiencia del lesionado.

También podrá anularse el acto cuando el daño resultante de la inequivalencia de las prestaciones excediere la mitad del valor prometido o entregado por el lesionado, salvo que éste hubiere tenido la intención de beneficiar a la otra parte.

La lesión se computará al tiempo de la celebración del acto y deberá perdurar al promoverse la demanda.

No podrán anularse por lesión los contratos aleatorios."

"Art. 160 (Anteproyecto de 1954).—La impugnación del acto viciado por lesión sólo competará al lesionado.

La parte que hubiere aprovechado la lesión podrá mantener la eficacia del acto suplementando su propia prestación, en la medida suficiente para equilibrar la contraprestación correspondiente."

(25) "Art. 934 (*Código civil de Austria*).—Si en los contratos bilaterales una de las partes no ha recibido la mitad de lo que entregó a la otra, según el valor ordinario, la ley acuerda a la parte lesionada el derecho de demandar la rescisión del contrato y que las cosas sean restituidas a su estado anterior. Pero la otra parte puede hacer subsistir el contrato mediante el suplemento de lo que falta al valor ordinario. La inequivalencia de valores se calcula con relación al tiempo de celebración del contrato."

(26) "Art. 879 (*Código civil de Austria*).—El contrato que viola una prohibición legal o las buenas costumbres, es nulo.

Son nulas, en particular, las convenciones siguientes: cuando alguien, aprovechando la ligereza, estado de constreñimiento, debilidad de espíritu, inexperiencia o agitación de otro, se hace prometer o acordar, para sí o para un tercero, una prestación que esté en desproporción flagrante con el valor de la contraprestación."

Aquí, en cambio, LLAMBIAS proponía incorporar ambas al mismo tiempo.

Poco después se reunió en Córdoba el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que trató una serie de tópicos vinculados con aspectos en que se consideraba necesario reformar con urgencia el Código civil argentino. Se aprobaron una veintena de recomendaciones, muchas de las cuales forman la columna vertebral de las reformas introducidas por la Ley 17.711.

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil recomendó, por unanimidad, introducir la lesión en la legislación argentina (27), y la fórmula propuesta contempla, además de los elementos subjetivos y objetivos, otras necesidades que debe satisfacer una buena norma que legisle sobre la lesión.

Por último, entre los antecedentes nacionales, podemos citar un libro nuestro (28), en el cual también proponíamos una fórmula represiva de la lesión (29).

V.—LA LEY 17.711 Y EL ARTICULO 954 DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO .

El texto comienza con un párrafo que admite la posibilidad de anular los actos viciados de “error, dolo, violencia, intimidación o simulación”. Se trata de un dispositivo innecesario, pues repite algo que está ya regulado por el Código en el título que se ocupa de las “nulidades”.

(27) Ver *Actas. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Imp. Universidad Nacional de Córdoba (en adelante citaremos esta publicación como: *Tercer Congreso...*), t. II, p. 777, recomendación núm. 14, que expresa:

“Podrá demandarse la nulidad o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, en el cual alguien, aprovechando la necesidad, penuria o inexperiencia extremas de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación.

La lesión deberá subsistir al momento de deducirse la acción, cuyo plazo de caducidad será de un año, contado desde la fecha en que debe ser cumplida la prestación a cargo del lesionado. La acción será irrenunciable al momento de la celebración del acto.

La parte contra la cual se pida la nulidad podrá evitarla si ofrece modificar el acto de modo tal que el juez considere equitativo por haber desaparecido la notoria desproporción entre las prestaciones.”

(28) Obra citada en nota 4, laureada por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Premio año 1967.

(29) “Podrá demandarse la rescisión o modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, por el cual alguien, aprovechando la necesidad, inexperiencia o ligereza notorias de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación.

La parte contra la cual se pida la rescisión podrá evitarla si ofrece modificar el acto de modo tal que el juez lo considere equitativo, por haber desaparecido la desproporción entre las prestaciones.

La rescisión o modificación del acto no puede perjudicar a terceros de buena fe.

El plazo de caducidad de la acción será de un año, contado desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación a cargo del lesionado.”

Lo que realmente presenta interés para nuestro estudio son los cuatro párrafos que se han agregado a continuación, que incorporan una fórmula represiva de la lesión, en los siguientes términos:

“También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto.

El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si éste fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

La simple lectura del texto nos permite adelantar que se ha consagrado una fórmula de corte subjetivo-objetivo, que contiene los tres elementos que hemos mencionado al ocuparnos del Código civil alemán; a saber: 1) desproporción de las prestaciones; 2) inferioridad de la víctima; y 3) aprovechamiento del lesionante (30).

1) *Elementos de la figura. Vacilaciones de la doctrina y jurisprudencia nacionales*

Incorporada la lesión en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino, algunos de los primeros comentaristas, al analizar la norma, señalaban solamente la presencia de dos elementos (31), uno objetivo, en el que fusionaban —equivocadamente— la situación de la víctima y la actitud del victimario.

(30) Conf. LLAMBIAS, Jorge J.: *Estudio de la reforma del Código civil*, ed. Jurisprudencia, Argentina, Buenos Aires, 1969, p. 62 (en adelante citaremos este libro como *Estudio de la reforma...*); CARRANZA, Jorge A.: *El vicio de la lesión*, en “Examen y crítica de la Reforma”, ed. Platense, La Plata, 1971, pp. 299 a 304 y también en la colección “Monografías Jurídicas”, número 129, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969 (en las citas haremos referencia a las páginas de *Examen y crítica...*, por ser una obra de mayor difusión y más fácil consulta), y LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.: *Teoría de los contratos*, ed. Zavalia, Buenos Aires, 1971, pp. 390 a 395.

(31) Ver RAFFO BENEGAS, Patricio, y SASSOT, Rafael A.: *La lesión*, Jurisprudencia Argentina, doctrina 1971, pp. 801-804, en especial p. 801; VENINI, Juan Carlos: *La lesión*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1970, p. 56 (en especial, ap. II, p. 61); RODRÍGUEZ, Julio Horacio: *La lesión gravísima*, Jurisprudencia Argentina, Doctrina 1969, p. 95 (en especial ap. II, p. 96).

Esta doctrina equivocada ha llegado a reflejarse en algunas sentencias, y así vemos que la Cámara 4.^a Civil y Comercial de Córdoba, ha dicho que “para que se configure el vicio de lesión es necesaria la concurrencia de *dos requisitos*: el subjetivo, que consiste en que la parte damnificada se encuentre en estado de necesidad o actúe con inexperiencia o ligereza y que la contraparte explote ese estado y, el objetivo, para el cual esta explotación debe traducirse en una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” (32).

No se crea que estamos frente a una mera disquisición escolástica; muy por el contrario, esta confusión trae como consecuencia que se pretenda hacer extensiva la presunción de aprovechamiento, consagrada en el tercer párrafo del texto legal, a la situación de inferioridad de la víctima, y llegue a decirse por algún tribunal que la víctima sólo tiene a su cargo la prueba de la desigualdad de las prestaciones (33), y se critique a la norma sosteniendo que con la inclusión de esa presunción se ha vuelto a la vieja figura romana de la lesión objetiva (34), o se afirme que debe interpretarse la presunción con mucha prudencia (35).

Más adelante procuraremos rebatir esta errónea interpretación del artículo 954, pero no podemos silenciar el hecho de que otros tribunales han seguido el buen camino, exigiendo que la presunta víctima acredite previamente su situación de inferioridad (36).

Analícemos, pues, con más detenimiento, los elementos que integran la figura de la lesión.

2) Elemento objetivo

Tres son los párrafos del artículo 954 que se vinculan con el elemento objetivo; el *segundo*, que nos dice que habrá lesión cuando se obtuviere “una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación”; el *tercero*, que hace nacer una presunción de ese elemento, cuando exista una “notable desproporción de las prestaciones”; y el *cuarto*, que determina que “los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda”.

Ya hemos visto que antiguamente —en el Derecho romano, y las

(32) *Cattaneo de Montañana, Irma c/Occi, S. A.* (23 diciembre 1971), Jurisprudencia Argentina, serie moderna, t. 15, p. 701.

(33) *Vigiani de Vigiani, Melania y otra c/ Butelli, Aníbal A.*, Cámara Civil de la Capital, sala F, 9 de marzo de 1971, Jurisprudencia Argentina, t. 11, p. 248.

(34) Ver BREBBIA en *Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Rosario, 1971 (t. I de “Ponencias”, tema 2), y RACCIATTI (t. II de “Ponencias”, tema 2). En adelante citaremos solamente: *Quintas Jornadas...*

(35) *Sosa, María A. c/ García de Camboris, Jesusa (suc)*, Cámara Civil de la Capital, sala D, 2 de marzo de 1971, en Jurisprudencia Argentina, t. 10, pág. 457.

(36) *Aguerre, Juan José c/ Durruty, Miguel*, Cámara Primera Mar del Plata, sala 2.^a, 28 de diciembre de 1972, en Jurisprudencia Argentina, Reseñas 1973, p. 153, núm. 145.

legislaciones que lo tomaron como modelo— para caracterizar la lesión enorme se atendía únicamente el desequilibrio entre las prestaciones, fijándose además índices matemáticos por debajo de los cuales no podía ejercerse la acción.

Lo insuficiente de esas fórmulas, insistimos, acarreó el desprestigio de la institución y hasta su desaparición en muchos códigos. Por otra parte, las proporciones aritméticas establecidas eran totalmente arbitrarias y variaban de país a país, como lo señala con sumo acierto VÉLEZ SÁRSFIELD en la larga nota colocada después del artículo 943. Conviene recordar, además, que esa determinación aritmética de la diferencia entre el valor de las prestaciones y el valor real de la cosa provocó —como ya lo hemos dicho— sutiles discusiones sobre las nociones de valor real, valor de consumo, valor de cambio, justo precio, justo salario, etc.

Podemos preguntarnos, tomando como ejemplo el Derecho francés, que establece como requisito indispensable la desproporción de $7/12$ sobre el justo precio, ¿acaso no puede resultar también lesivo un acto en el cual la desproporción sea solamente de los $5/12$ ó $6/12$? ¿Por qué causa se ha establecido ese tope tan original de los $7/12$?

Las legislaciones modernas, con mucho mejor sentido, dejan librado al prudente criterio judicial la apreciación de si existe o no existe el elemento objetivo de la lesión, sin sujetarse a límites matemáticos estrictos, que difícilmente presentan la exactitud que les asignaban sus defensores, en razón de la ya apuntada dificultad de ponerse de acuerdo sobre la noción de justo precio (37).

El artículo 954, al establecer que las ventajas que obtiene el beneficiario del acto lesivo deben ser “evidentemente desproporcionadas” con su prestación, se ha inspirado en el modelo del Código suizo de las obligaciones (38), fórmula que en nuestro país cuenta como antecedentes con el artículo 156 del Proyecto de Reforma de 1936 (39), el artículo 159 del Anteproyecto de 1954 (40), y la Recomendación número 14 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (41). En cambio, el Código civil alemán, que es el código tipo o modelo, habla de “desproporción *chocante*” (42).

El legislador, al calificar la desproporción de “evidente”, ha querido significar que debe ser tan manifiesta o perceptible que nadie pueda dudar de ella. Es un término amplio y elástico, pero —por eso

(37) El art. 1.448 del C. civil italiano es una excepción, ya que establece que la desproporción debé exceder la mitad del valor (ver nota 16).

Lo mismo ocurre con el art. 323 de la compilación foral de Cataluña, en razón de los antecedentes romanistas de ese derecho, y en la ley 499 de la reciente Compilación de Navarra.

(38) Ver el texto del art. 21 del C. O. suizo en la nota 11.

(39) Ver el texto en nota 20.

(40) Ver el texto del art. 159 del Anteproyecto de 1954, en la nota 24.

(41) Ver el texto en la nota 27.

(42) Ver el texto del art. 138 del C. civil alemán en la nota 8.

mismo— ha sido criticado, habiendo llegado a decir OSSIPOW que “la noción de evidencia, por su misma imprecisión, es peligrosa” (43).

En realidad, dicho autor, que realiza un profundo estudio de la lesión en el Derecho suizo —donde encontramos la fuente del calificativo “evidente”— interpreta que el término debe ser tomado en el sentido de “considerable”, y avala su afirmación con algunos fallos del Tribunal Federal Suizo, en uno de los cuales se rechaza la acción existiendo una diferencia de 10.000 francos sobre 95.000 y muestra que tampoco prosperó en otro, en que se trataba de un precio de 7.500 francos, con relación a un valor estimado de 5.500 (44).

Un camino similar han tomado nuestros tribunales, al decir que si “la diferencia entre la tasación y el precio pactado es mínima, alrededor del 7 por 100 del precio, de ninguna manera puede considerarse abusivo” el contrato (45).

Así entendido el término evidente, es menester no sólo que haya una desproporción, sino que esa desproporción sale a la vista sin necesidad de una pericia y ponga de relieve que se trata de un desequilibrio manifiesto.

Pero las cosas se complican en nuestro artículo 954 cuando advertimos que en el párrafo siguiente, al crear una presunción de aprovechamiento, se ha cambiado de adjetivación, exigiéndose que la desproporción sea “notable”.

¿Ha pretendido el legislador emplear ambos términos como sinónimos? ¿O su propósito ha sido acentuar la cuantía de la desproporción, para poner de relieve que la presunción sólo funciona cuando el desequilibrio es tan grande que resulta particularmente “chocante” al espíritu de justicia?

Nos inclinamos a interpretar ambos vocablos como sinónimos, pues en ningún caso deberá llegarse a la nulidad por lesión si la diferencia entre las prestaciones es reducida; la figura, para su funcionamiento, exige que se cree un desequilibrio cuantitativamente importante.

La última referencia al elemento objetivo se vincula con la exigencia de que la desproporción subsista al momento de la demanda. El tema ha sido objeto de debate por la doctrina nacional y ha existido un interesante pronunciamiento al respecto, en las Quintas Jornadas de Derecho Civil, donde si bien se acepta el mantenimiento del requisito, se considera que al interpretar el párrafo deben admitirse como excepciones las hipótesis en que el restablecimiento del equilibrio sea fruto del actuar del lesionado o de la culpa de la parte aprovechadora (46).

(43) OSSIPOW, Paul; *De la lesión*, Sirey, París, 1940, p. 243.

(44) Autor y obra citadas en nota anterior, p. 242.

(45) Cámara Civil de la Capital, sala F, 8 de junio de 1972: *Amado Lorenzo F. y otros c/ Ferrari de Bonifatti, María y otro*, en *El Derecho*, t. 44, pág. 249 (en especial p. 251).

(46) *Quintas Jornadas...*, recomendación aprobada sobre el tema núm. 2 (*El régimen de la lesión en la reforma*): “Subsistencia de la desproporción. *De lege lata*: Debe interpretarse que son excepciones el restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa de la parte aprovechadora. De

2-a) Momento en que debe apreciarse la desproporción

El artículo 954 del Código civil argentino dispone que los cálculos deben efectuarse “según valores al tiempo del acto”.

Se trata de un verdadero acierto del legislador, y no hemos vacilado en calificar de esa manera a un dispositivo semejante que se encuentra en el artículo 132 del ya derogado Código polaco de las Obligaciones (47). que es, quizá, el primer antecedente que encontramos en el Derecho comparado —dentro de las fórmulas subjetivas— de una solución semejante.

En nuestro caso, el legislador se ha inspirado de manera inmediata en el artículo 159 del Anteproyecto de 1954 (48), y en el artículo 1.448 del Código civil italiano (49). Este precepto brinda un elemento útil para distinguir la lesión de la teoría de la “imprevisión”, también llamada por algunos “lesión sobreviniente” (50). En efecto, en ambos casos se encuentra el elemento objetivo de la inequivalencia entre las prestaciones de las partes; pero, mientras en la lesión esa inequivalencia es el producto del aprovechamiento, y existe desde el momento en que el acto se celebra, en la “imprevisión”, en cambio, la desproporción recién se presenta con posterioridad, como consecuencia de circunstancias extrañas a la voluntad de las partes, y que fueron totalmente imprevisibles al tiempo de celebrar el acto.

El contrato cuya modificación se solicita por causa de “imprevisión” ha sido inicialmente válido, y el elemento objetivo (daño) recién aparece con posterioridad; de allí que algunos hablen de “lesión sobreviniente”.

Además, en la imprevisión el acto es perfectamente lícito y sólo la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar justificará su modificación ulterior; en cambio, el acto “lesivo” es ilícito, ya que una de las partes aprovecha a designio la situación de la otra para obtener, desde el primer momento —desde la celebración del acto— ventajas injustificables.

Por último, creemos que esta frase debe orientar al intérprete y les será útil para comprender, en estas épocas en que la inflación todo lo distorsiona, que debe tomar en cuenta los *valores* reales de las prestaciones de cada parte, y no su *precio*, medido con una moneda de valor cambiante, que introduce elementos de confusión. De lo contrario podría llegar a imaginarse la absurda hipótesis de una persona, víctima de un acto lesivo, en el cual la desproporción de las prestaciones era evidente, pues adquirió un inmueble que valía 50.000 pesos, pagando al contado 100.000 pesos, y que al pretender intentar la acción un par de años después, se encontrase con que él aparecía como el autor del acto lesivo, porque debido a la desvalorización mo-

lege ferenda: Debe mantenerse el requisito sobre la subsistencia de la desproporción al momento de la demanda, como regla.”

(47) Ver el texto en nota 15.

(48) Ver el texto en nota 24.

(49) Ver el texto en nota 16.

(50) Conf. LLAMBIAS, *Estudio de la reforma*, p. 63.

netaria, ahora ese inmueble se tasaba en 200.000 pesos y él sólo había pagado 100.000. Es que, evidentemente, para determinar la desproporción entre las prestaciones debe atenderse al momento en que se celebra el acto.

2-b) Subsistencia de la desproporción a la fecha de la demanda

Esta segunda exigencia consagrada en el cuarto párrafo del artículo 954 del Código civil argentino encuentra sus antecedentes en el tercer párrafo del artículo 1.448 del Código civil italiano de 1942, y en nuestro país en el Anteproyecto de 1954 (51), y en la Recomendación número 14, aprobada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (52).

Nos parece necesario recordar que la propia doctrina italiana critica esta condición (53), sosteniendo que debe eliminársela. Al estudiar los trabajos preparatorios del Código civil italiano da la impresión de que se la incluyó con el propósito de impedir que se ejercitase la acción de lesión en aquellos casos en que el perjudicado por el acto lesivo ha conseguido enajenar la cosa que había recibido, a un precio tal que ya no subsiste para él ningún perjuicio. Si la desproporción realmente era evidente, es poco probable que esto suceda en épocas normales; en cambio en épocas de inestabilidad económica se corre el riesgo de confundir la desaparición de la desproporción entre las prestaciones, con la depreciación de la moneda, aspecto al que hemos aludido en el punto anterior.

La doctrina nacional, sin embargo, ha recibido con general beneplácito este requisito (54), e incluso las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron su mantenimiento (55), aunque efectuando algunas salvedades de singular importancia, de las que nos ocuparemos luego.

Las principales razones que se esgrimen para justificarlo se vinculan con la posible valorización, por causas accidentales, del objeto recibido por la víctima (56), que habría pagado un precio exorbitante por un cuadro, cuyo autor luego se cotiza mejor, o por un terreno en cuyas proximidades se efectúa una obra pública que lo valori-

(51) Ver artículo 159 del Anteproyecto, en nota 24.

(52) Ver nota 27.

(53) MESSINEO, Francisco: *Doctrina General del Contrato*, t. II, pp. 293 y ss. Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952.

(54) LLAMBIAS, Jorge J.: *Estudio de la reforma...*, p. 63 y nota 56; CARRANZA, Jorge A.: *Examen y crítica...*, ap. XII, pp. 308 y 309; GARRIDO, R. y ANDORNO, L.: *Reformas al Código civil*, 2.^a ed., Zavallía, Buenos Aires, 1971, art. 954, pp. 166-167; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael A.: trabajo citado en nota 31, p. 803, y BORDA, Guillermo A.: *Lesión*, El Derecho, t. 29, pp. 727 y ss., en especial ap. III-c, p. 730.

(55) Recomendación aprobada por las *Quintas Jornadas...*: *De "lege ferenda"*: Debe mantenerse el requisito sobre subsistencia de la desproporción al momento de la demanda, como regla: *De "lege lata"*: Debe interpretarse que son excepciones: el restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa de la aprovechadora.

(56) CARRANZA, Jorge A.: Trabajo citado, p. 309.

za (57). Se olvida que, por lo general, la víctima de la lesión no suele recibir un objeto, sino que es más frecuente que lo entregue por un precio vil, y precisamente en estas hipótesis la aplicación estricta del dispositivo consagrado por el cuarto párrafo del artículo 954 puede conducir a injusticias flagrantes, pues si la diferencia de valores desaparece porque el “beneficiario” ha dejado, por su culpa, que el objeto se destruya o pierda valor, quedaría liberado de responder por la lesión aunque tuviese otros bienes en su patrimonio. Supongamos que adquirió por 200.000 pesos una casa que valía un millón y luego, obrando de manera negligente, permitió que se arruinase, o si se trataba de una finca rural, dejó que las plantaciones de viñedos y frutales se destruyesen, de manera tal que al cabo de dos o tres años, la desproporción ha desaparecido. ¿Ese solo hecho lo libraría de la acción?

Adviértase que si la desproporción de los valores ha desaparecido y no subsiste en el momento de la demanda, se debe en este caso de manera exclusiva al actuar culposo o doloso de quien explotó la inferioridad del otro sujeto. ¿Es justo, entonces, que se niegue acción a la víctima? (58).

Pero, aún en las hipótesis en que la víctima adquirió un objeto, pagando un precio superior al que realmente valía, puede suceder también que ese bien se valore por el esfuerzo del adquirente, y el inmueble, antes yermo o inculto, se convierta en una granja floreciente, de manera tal que se haya borrado también en este caso la desproporción que existía al momento de celebrarse el acto (59). ¿Tampoco podría la víctima deducir la acción de lesión, solicitando el “reajuste” de las prestaciones?

Estos aspectos fueron tomados en cuenta muy especialmente por PIÑÓN y MOSSET ITURRASPE en las ponencias que remitieron a las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y se tradujeron en la Recomendación que finalmente se aprobó, en la que se expresa que debe interpretarse como excepciones a la subsistencia de la desproporción *El restablecimiento del equilibrio por obra del lesionado o por culpa de la parte aprovechadora*.

En definitiva, aunque se apoye el mantenimiento de la subsistencia de la desproporción al momento de la demanda, al reconocer la existencia de tan importantes excepciones, se da la razón a quienes hemos sustentado desde el primer momento que tal requisito no tiene fundamento jurídico (60).

(57) Los ejemplos a que hacemos mención han sido tomados en Borda (trabajo citado, ap. III-c, pp. 730-731).

(58). Conf. PIÑÓN, Benjamín Pablo, ponencia enviada a las *Quintas Jornadas...*, en la que expresaba: “... si la desproporción ha desaparecido al momento de promoverse la demanda por culpa de la parte que se aprovechó del otro contratante, deberá admitirse la acción”.

(59) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge: ponencia enviada a las *Quintas Jornadas...*, en la que manifestaba: “Hace excepción el supuesto de restablecimiento del equilibrio por hecho del lesionado originario”.

(60) Ver nuestro libro *Lesión...*, núm. 271, pp. 175 y 176.

3) Primer elemento subjetivo: situación de la víctima

a) *Carácter de la enunciación*

La enumeración que efectúa el artículo 954 es de carácter limitativo (61) y no se permitirá intentar la acción por analogía, a quienes se encuentren en algún estado distinto a los mencionados en la norma.

Por tanto, es de gran importancia determinar el sentido y extensión que tienen los vocablos “necesidad, inexperiencia o ligereza” utilizados por el artículo 954 al caracterizar las situaciones en que puede encontrarse la víctima del acto lesivo, para lo cual nos servirá de valioso antecedente el estudio del derecho comparado, pues allí se encuentran las fuentes que sirvieron de inspiración a nuestro legislador.

Por razones de espacio no nos detendremos ahora en la polémica sobre la conveniencia de suprimir algunas hipótesis o incorporar otras nuevas, sino que nos limitaremos a exponer lo que, en nuestra opinión, debe entenderse por cada una de las situaciones enumeradas.

3-b) *Necesidad*

La equivocidad del vocablo da lugar a confusiones con otra figura jurídica conceptualmente distinta, el llamado “estado de necesidad” y para evitarlas se ha propuesto el empleo de otros vocablos (62).

Sin embargo, la difusión del término en la doctrina y en la legislación, hace casi imprescindible continuar usándolo (63).

El “Diccionario Manual” de la Real Academia Española define una de las acepciones de la “necesidad”, como la “falta de las cosas que son menester para la conservación de la vida”, y en el “Diccionario” de don Carlos Ochoa se la define como “falta o carencia de las cosas, principalmente hablando de lo que es preciso para la vida”.

En los diversos códigos que han incorporado el vocablo para caracterizar una de las situaciones en que puede encontrarse la víctima

(61) Conf. CARRANZA, Jorge A. (trabajo citado en nota 30), p. 953; DI CÍO, Alberto A.: *La lesión subjetiva en el artículo 954 del Código civil*, El Derecho, T. 40, p. 703 (en especial ap. V, p. 708); FABA, Susana Nilda, en *Quintas Jornadas* (“Ponencias”, t. 1, tema 2);: “4)... No se admiten más estados que los mencionados y los tres resultan plenamente justificados”.

En contra: BORDA, Guillermo A.: trabajo citado en nota 54, El Derecho, T. 29, en especial, ap. III, núm. 4-b, p. 730; que la considera enunciativa y brinda como ejemplo las hipótesis de prodigalidad, debilidad mental y grave disminución de las facultades físicas. Hay un evidente error del citado jurista, pues —como él mismo lo reconoce— esos estados se encuentran comprendidos dentro de las hipótesis de la inexperiencia o ligereza. ASTUENA, Norman J.: *La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales*, El Derecho, T. 45, p. 961 (en especial, ap. VII-d, p. 968).

(62) Ver CARDINI, Eugenio, en *Tercer Congreso*, dictamen complementario, T. II, p. 536 y ss.

(63) Ver libro citado en nota 4, núms. 334 a 338, p. 223 a 225, donde efectuamos la distinción entre “lesión” y “estado de necesidad”.

de un acto lesivo, se ha entendido comprender en la “necesidad” no sólo los aspectos de inferioridad económica o material, sino también las situaciones de angustia moral o peligro (64).

3-c) *Inexperiencia*

Este término, tradicionalmente empleado en casi todas las fórmulas represivas de la “lesión subjetiva”, contempla un estado de la víctima del acto lesivo que podría definirse como “la falta de los conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica” (65).

Por lo general suelen presentarse en personas de escasa cultura, o que por su juventud no han adquirido suficientes conocimientos de la vida y sólo en hipótesis muy raras podría tratarse de la falta de conocimientos profesionales o técnicos especializados o de las costumbres sociales o comerciales de un lugar determinado (66).

En el derecho extranjero los fallos que apelan a la situación de “inexperiencia” suelen afirmar —simultáneamente— que la víctima también ha obrado con “ligereza”.

Si buscamos los antecedentes que justificaron la inclusión de estos vocablos en los códigos alemán y suizo de las Obligaciones, advertiremos que con ellos se ha querido caracterizar la situación de desigualdad que existe entre las partes, que va a ser aprovechada por el más fuerte, capaz, inteligente o conocedor, en detrimento del débil o inexperienced. Las hipótesis con que se procura ilustrar estos conceptos no alcanzan a configurar casos de “dolo”, porque no media ningún artificio, astucia o maquinación engañosa, ni siquiera una omisión de la misma naturaleza utilizada con el fin de inducir a la otra parte a contratar. El error o ignorancia también resultan insuficientes, porque la víctima ha contratado voluntariamente; ha querido el acto y sus consecuencias. Verbigracia, el agricultor que compra abonos químicos está protegido en Francia por leyes especiales contra la explotación del fabricante. Este agricultor contrata libremente, pero el vendedor aprovecha su “inexperiencia”, que le impide conocer la verdadera calidad y costo real del producto, para cobrarle un precio excesivo. En última instancia el campesino está igualmente dispuesto a adquirir esos fertilizantes, pues los necesita para mejorar sus terrenos, pero el legislador quiere evitar que se aproveche esa situación, explotando su inexperiencia y necesidad, para obtener una contraprestación, cuya desproporción con el precio real de la mercadería que se le entrega es evidente.

El ejemplo que hemos suministrado nos lleva a insistir en que la inexperiencia o ligereza pueden darse aisladamente, pero con mayor frecuencia se presentan conjuntamente, sea entre ellas, sea con la necesidad, y viene así a reforzar la idea de explotación que debe formarse el juzgador al apreciar las circunstancias del caso.

(64) Ver libro citado en nota 4, núms. 278 a 281, p. 183 y ss.

(65) Ver Diccionario Manual de la Real Academia Española: voces “experiencia” e “inexperiencia”.

(66) Conf. OSSIPOW, Paul: obra citada, p. 255.

3-d) *Ligereza*

Es quizá la más polémica de las situaciones contempladas en el artículo 954, pues muchos han propiciado su supresión, y otros su reemplazo por los vocablos “deficiencia psíquica” (67), o “debilidad mental” (68).

Para interpretar debidamente el vocablo “ligereza” debemos recurrir a la doctrina alemana y suiza y veremos allí que está destinado a dar cabida a la situación del pródigo, del débil mental y de otros estados intermedios o fronterizos, que son de carácter patológico y producen como consecuencia una inferioridad del sujeto.

La “ligereza”, en sentido técnico, jamás puede ser interpretada como una conducta imprudente o negligente de la víctima; no se trata de proteger el obrar irreflexivo, ni de permitir que se anulen actos que son el fruto de errores inexcusables. Muy por el contrario, dentro de todas las fórmulas represivas de la lesión que la han acogido tiene un alcance preciso y bien delimitado, que se vincula con situaciones patológicas o psicopatológicas. No se procede con “ligereza” voluntariamente, sino a pesar del sujeto, que no puede evitarlo, porque no tiene la salud mental suficiente como para interpretar el alcance de sus actos.

Al incluir el vocablo *ligereza* en el artículo 954 del Código civil argentino, como estado de la víctima que puede justificar la anulación de sus actos por lesión, el legislador ha sido perfectamente congruente con el espíritu que lo ha impulsado a incorporar al Código en el artículo 152 bis la protección de los pródigos, los débiles mentales y los toxicómanos (69).

Se prevé así para esos sujetos una doble protección: la inhabilitación y designación de un curador que los asista en todos sus actos de disposición para el futuro, y la anulación por lesión de los actos que hubieren realizado con anterioridad a la inhabilitación, cuando al actuar ya hubiesen estado afectados por la debilidad patológica que no les permitía medir debidamente el alcance de sus actos.

(67) Que tendría su antecedente en el artículo 282, § 1, del moderno Código civil portugués, que estudiaremos en el capítulo VI, apartado e), de este trabajo.

(68) Para lograr concordancia con la locución empleada en el nuevo artículo 152 bis de nuestro Código, incorporado también por la Ley 17.711.

(69) “Artículo 152 bis (Código civil argentino).—Podrá inhabilitarse judicialmente:

1) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2) A los disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusieren a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes...”.

4) *Segundo elemento subjetivo: actitud del lesionante*

Para completar la figura de la lesión es menester, además, que el beneficiario del acto se aproveche de la otra parte. Allí surge la violación del deber de observar la buena fe que debe reinar en todo acto jurídico y se configura de esta forma un verdadero acto ilícito.

El aprovechamiento es quizá el elemento más característico de la figura, ya que nos permite determinar la verdadera naturaleza jurídica de la lesión y su ausencia tornaría incompleta cualquier fórmula legislativa que pretendiese reprimirla.

La institución ha cobrado nueva vida desde que el Código civil alemán, en su artículo 138, supo sacar a luz este elemento, que a lo largo de siglos había permanecido subyacente en la figura de la lesión. Tenemos la convicción de que los jurisconsultos romanos, al conceder la anulación de los actos lesivos por razones de equidad (*humanum est*), han tenido muy en cuenta que una de las partes explotaba o se aprovechaba de la otra; explotación que se exteriorizaba objetivamente en la enorme desproporción de las prestaciones. Este hecho no puede haber escapado a la observación del fino espíritu jurídico de los romanos; lo que ocurre es que la concreción normativa en la Ley Segunda de Diocleciano, por razones prácticas, sólo hizo referencia a la exteriorización del elemento objetivo, que es el más fácil de captar.

Para hacer más evidente que el elemento subjetivo de la "explotación" es indispensable para completar el concepto de la lesión, nos permitiremos glosar unos ejemplos de SAIGET (70), que son sumamente ilustrativos.

Supone, en primer lugar, el caso de un patrón que aprovecha la abundancia de mano de obra para contratar a sus obreros pagándoles salarios excesivamente bajos. De acuerdo con la noción objetiva de la lesión no habría lugar a ninguna acción, porque el patrón habría ofrecido el valor de cambio, determinado por el libre juego de la oferta y la demanda (71). Sin embargo, la solución es evidentemente injusta; una de las partes aprovecha la situación para explotar a la otra y esta verdadera lesión a los intereses del obrero ha creado en todo el mundo una reacción, que proyectada sobre el campo jurídico origina la formación de una nueva disciplina, el Derecho laboral, que —entre otras cosas— tiende a impedir que se produzcan estos hechos en los cuales el hombre se convierte en el lobo del hombre. Estamos frente a un caso típico de lesión subjetiva, que por su difusión ha merecido la sanción de leyes especiales, que son consideradas de orden público.

Frente al ejemplo desarrollado, SAIGET nos da otro (72) que reproduciremos con alguna libertad. Supongamos que el propietario de una casa tiene en la parte posterior del inmueble un patio de tierra que no utiliza. Uno de sus vecinos atraviesa por afligente situación

(70) SAIGET, Jacques: *Le contrat immoral*, Dalloz, París, 1939.

(71) Autor y obra citados en nota anterior, p. 265.

(72) Autor y lugar citados en nota anterior.

económica, y se halla sin trabajo; él desea ayudarlo y darle una suma de dinero, pero su amigo, por amor propio y dignidad, no quiere recibir ese dinero como una limosna y se compromete a transformar el patio de tierra en un jardín. Material y objetivamente existe desproporción entre ambas prestaciones, pues el trabajo de jardinería sería de un valor superior a la suma entregada y, de acuerdo a los viejos criterios, quien arregla el jardín habría sufrido una lesión enorme. En cambio, desde el punto de vista en que nosotros nos colocamos, jamás podría afirmarse que ha habido lesión, pues no existió “aprovechamiento” de la necesidad de la otra parte; muy por el contrario, el propietario del terreno —que no necesitaba para nada el arreglo de ese patio de tierra, que no le produce ningún beneficio— ha obrado impulsado solamente por el propósito altruista de prestar ayuda a su vecino.

Estos ejemplos demuestran con suficiente claridad, a nuestro entender, que el aprovechamiento es uno de los elementos esenciales de la institución.

Concluyamos este punto señalando que nuestros tribunales han tenido oportunidad de destacar la importancia del elemento subjetivo a que hacemos referencia y así se ha dicho que “para que el estado de necesidad sea causa de invalidez de un acto jurídico *es necesario que el otro contratante, conocedor de ese estado, lo hubiera explotado inmorralmente para extraer de él beneficios excesivos en perjuicio de la víctima*” (73).

5) Presunción de aprovechamiento. Sus efectos

El párrafo tercero del nuevo artículo 954 expresa: “...Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de *notable* desproporción de las prestaciones...”.

A la luz del análisis que llevamos efectuado surge muy claro su sentido; la ley presume la “explotación”, es decir, la voluntariedad en el obrar ilícito del beneficiario, pero la víctima deberá acreditar el otro elemento subjetivo, es decir, su situación de necesidad, inexperiencia o ligereza y, el elemento objetivo, el desequilibrio, que en este caso deberá ser “notable”.

Adviértase que la acción por “lesión subjetiva” no puede prosperar si la víctima no se encuentra en una de las situaciones que la ley prevé (74) y que la enumeración contenida en el artículo 954 es taxativa. Tampoco prosperará si no hay real desproporción entre las prestaciones; e, incluso, será rechazada cuando existiendo despropor-

(73) Cámara Civil de la Capital, sala D, 21 de septiembre de 1972, *Osés, Jaime P. c/ Herrera, Jesús R.*, en *El Derecho*, T. 47, pp. 378 y 380.

(74) “El comprador que pide la nulidad de la operación, fundado en el artículo 954 del Código civil, debe probar las circunstancias de necesidad, ligereza o inexperiencia”, Cámara 1.^a Civil y Comercial de Bahía Blanca (25 de junio de 1974), *Becchio, Víctor c/ Alzogaray, Lirio A.*, en *El Derecho*, T. 57 (caso núm. 25.521).

ción e inferioridad de la presunta víctima no hubiere mediado explotación, como lo ejemplificábamos en el punto anterior.

La doctrina nacional, comenzando por SMITH (75), ARÁUZ CASTEX (76), RAFFO BENEGAS y SASSOT (77), BREBBIA (78) y otros (79), como así también algunos fallos jurisprudenciales (80), ha sostenido que la presunción consagrada en el artículo 954 alcanza no sólo a la explotación sino también a la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo, interpretación que se basa en la fusión de los dos elementos subjetivos en uno sólo y puede llevar a la conclusión de que por esta vía se desnaturaliza la institución y se retorna a la vieja y desacreditada "lesión enorme" de los romanos (81).

Se trata de una construcción totalmente incorrecta, que pasa por alto el hecho de que la fórmula consagrada por el artículo 954 integra el concepto de lesión con *dos elementos subjetivos*: a) primero la situación de inferioridad de la víctima; b) segundo, actitud ilícita del beneficiario del acto, que "explota" la situación de inferioridad de la otra parte.

Indagar en la intimidad del sujeto entraña serias dificultades y es casi imposible entrar en su conciencia para determinar si ha existido o no el propósito deliberado de aprovecharse; por ello el legislador argentino se ha inclinado a establecer una "inversión de la prueba", que no otra cosa significa la presunción "iuris tantum" de explota-

(75) SMITH, Juan Carlos: *Consideraciones sobre la Reforma del Código civil*, en la Ley, Tomo 130, p. 1016, en especial en el ap. IX, cuando expresa: "Nos preguntamos si tal presunción no podría acaso constituir un serio inconveniente para la seguridad y la dinámica de los negocios jurídicos". Agregando más adelante: "Y con ello, lo que de acuerdo a las palabras de la ley significa admitir el instituto de la lesión subjetiva, puede significar en los hechos la consagración del viejo instituto de la lesión objetiva" (p. 1028).

(76) ARAUZ CASTEX, Manuel: *La reforma de 1968* (en apéndice al T. 2 de "Parte General"), Empresa Técnico Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1968, páginas 128-129.

(77) RAFFO BENEGAS y SASSOT, *trabajo citado* en nota 31, p. 802.

(78) BREBBIA, Roberto H., en ponencias presentadas al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil ("Actas...", T. 2, p. 685; en adelante citaremos esta publicación como *Cuarto Congreso...*), y *Quintas Jornadas...* (T. 1 de *Ponencias*, tema 2).

(79) SPOTA, Alberto G.: *Sobre las reformas al Código civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 10; BORDA, Guillermo A.: *Lesión*, en *El Derecho*, T. 29, página 727 (en especial ap. III, pp. 729 y ss.); RACCIATTI, Hernán: *Quintas Jornadas...* (T. 2 de *Ponencias*, tema 2); DI CIO, Alberto A., *trabajo citado*, en *El Derecho*, T. 40 (en especial apartado VI, pp. 708 y 709); LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.: obra citada, p. 395.

(80) Ver fallos citados en nota 32 (Jurisprudencia Argentina, serie moderna, T. 15, p. 701), y en nota 33 (Jurisprudencia Argentina, T. 11, p. 248), como así también *Comercial Financiera Garfran S. C. A. c/ Molina, Delia y otros*, de la Cámara de Paz de la Capital, Sala 3.ª, 4 de septiembre 1970, en Jurisprudencia Argentina, T. 9, p. 184, al decir: "... quien invoca el vicio de lesión ha de probar que la otra parte ha logrado en razón del contrato impugnado, una ventaja económica que es a todas luces exorbitante".

(81) Ver Aráuz Castex, Raffo Benegas y Sassot, Brebbia y Raciatti, *trabajos y lugares citados* en notas 76, 77, 78 y 79).

ción, que podrá ser desvirtuada por la prueba en contrario que brinde el beneficiario del presunto acto lesivo (82).

Es cierto que esta presunción de explotación no tiene antecedentes en el Derecho comparado —considerando el Derecho comparado como estudio de sistemas vigentes en el momento actual—, pero debemos recordar que en algún país, como la Unión Soviética, se ha llegado más lejos, y el artículo 33 del viejo Código civil de la República Socialista Federal Soviética de Rusia suprimió el requisito subjetivo de la explotación (83), conformándose con exigir la “extrema necesidad” de la víctima y el “manifiesto perjuicio” del acto.

Y si nos remontamos en el tiempo, veremos que un antiguo texto de Ulpiano (84) sirvió de base a los glosadores para construir la figura del “dolos re ipsa”, que no se vincula de ninguna manera con los vicios de la voluntad, sino que es muy semejante a la presunción que hoy consagra nuestro artículo, ya que la anormalidad o desproporción —que surge “de la cosa misma”— es lo que da lugar al carácter sospechoso del acto. Por aquel texto se concedía la acción de dolo “aun en los casos en que la parte no fuese culpable de dolo, si el dolo residía en la naturaleza misma del acto”, que dejaba traslucir la intención latente de aprovecharse de la inferioridad de los cocontratantes.

De esta manera, los maestros de Bolonia resultan en cierta medida precursores de la presunción de aprovechamiento incorporada a nuestro Código.

Por otra parte, en el Derecho argentino esa presunción tenía antecedentes en varios fallos anteriores a la reforma, entre los cuales merece especial mención un voto de BORDA (85), en el que se manifestaba:

“...Por mi parte, pienso que no es necesaria la prueba del aprovechamiento de la situación de inferioridad de la otra parte para admitir la nulidad del acto. Cuando hay una grosera desproporción entre las prestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que ése, a menos que se trate de una liberalidad...” (86).

Y más adelante agregaba en la misma sentencia:

“...En ese sentido se han pronunciado algunos fallos y autores (Cámara Civil de la Capital, sala A, 13 de enero 1960, en La Ley, tomo 101, p. 209; Cámara de Paz de la

(82) Conf. CARRANZA, Jorge A.: en *Examen y crítica...*, p. 305, y MOLINA, Juan Carlos: *Abuso del derecho. Lesión o Imprevisión*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1969, p. 171.

(83) Ver nuestro libro *La lesión...*, núm. 179, p. 112.

(84) Ley “Si quis cum aliter”, Digesto, 45.1.36.

(85) Cámara Civil de la Capital, Sala A, 18 de diciembre de 1964, *Peralta, Josefa del C. c/ Trepal, Lorenzo S.*, en Jurisprudencia Argentina, 1965, Tomo III, pp. 347 y siguientes.

(86) Fallo citado en nota anterior, p. 358.

Capital, 27 de noviembre 1953, en La Ley, tomo 74, p. 821; Carranza, en "Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba", julio-diciembre 1952, p. 233). Y SPOTA, a quien debe considerarse el principal sostenedor de la distinción entre lesión objetiva y subjetiva (véanse especialmente sus notas en La Ley, tomo 68, p. 420 y Jurisprudencia Argentina, 1961, tomo V, sección doctrina, p. 83), reconoce que una grosera desproporción entre las contraprestaciones es generalmente indicio suficiente de que ha mediado aprovechamiento..." (87).

También merecen citarse varios comentarios de SPOTA (88), que analizando esta "presunción de aprovechamiento" ha llegado a sostener que se trataba de una "doctrina argentina" (89), que permitía obviar grandes inconvenientes de prueba, facilitando por esta vía que se aplicase a los negocios usurarios la sanción que les corresponde, y agregaba:

"...Para ello presume que existe esa intención, todas las veces que media una desproporción de prestaciones en el momento de contratar (y en ello se distingue de la imprevisión contractual), que asume características resaltantes...".
 "...En otras palabras: esa desproporción de prestaciones hace presumir (presunción relativa) la lesión subjetiva, si asume un carácter resaltante..." (90).

El punto fue objeto de ponencias contrapuestas en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) (91), y dividió las opiniones de la Comisión encargada de estudiarlo (92).

(87) Fallo citado en nota 85, p. 359.

(88) SPOTA, Alberto G.: *El objeto-fin social del acto jurídico*, en Jurisprudencia Argentina, 1943, T. IV, p. 248; *El acto jurídico de objeto inmoral y sus consecuencias legales*, en Jurisprudencia Argentina, 1944, T. III, p. 134, y *La lesión subjetiva*, en La Ley, T. 68, p. 421.

(89) Autor citado en nota anterior: *Lesión subjetiva. Una doctrina argentina*, en La Ley, T. 122, p. 201.

(90) Autor y trabajo citados en nota anterior.

(91) Ver *Cuarto Congreso...*, tomo 2. Se advertirá allí que consideraban conveniente mantener la presunción; Andorno (p. 689), Mosset Iturraspe (páginas 683-4), y el autor de este trabajo (p. 684), inclinándose, en cambio, por la supresión el doctor Roberto H. Brebbia (pp. 685-6).

(92) La comisión debatió extensamente el punto y se inclinó —por un voto de diferencia— a sustentar la posición de Brebbia, recomendando en el punto I del despacho mayoritario: "Suprimir en una eventual reforma el párrafo tercero del artículo 954"; mientras que un despacho en disidencia, suscripto por Mosset Iturraspe y el que esto escribe, manifestaba: "La presunción de aprovechamiento consagrada en el párrafo tercero del artículo 954 no da a la fórmula los caracteres de la "lesio enormis" (lesión objetiva), sino que configura simplemente una inversión de la prueba y debe ser mantenida".

Mosset Iturraspe hace una referencia a este debate de comisión en un trabajo publicado en Jurisprudencia Argentina, T. 5, p. 686, que lleva como subtítulo *La presunción de explotación en la subjetiva-objetiva*.

Lamentablemente los despachos, por error de compaginación, han sido omitidos en las *Actas del Cuarto Congreso...*

Posteriormente, en las Quintas Jornadas de Derecho Civil, efectuadas en Rosario (septiembre 1971) (93). BREBBIA insistió en una ponencia propiciando la supresión del párrafo tercero del artículo 954 (94), pero la mayor parte de los juristas que concurrieron a ese certamen habían formado ya opinión favorable a la presunción (95), y la Comisión recomendó su mantenimiento.

El miembro informante, Dr. Jorge Mosset Iturraspe, al sostener el despacho de la mayoría, que luego sería aprobado (96), expresó que la presunción consagrada en el párrafo tercero del artículo 954 se refería solamente a la "explotación" por parte del beneficiario del acto, pero no a la situación de inferioridad de la víctima del acto lesivo, diciendo textualmente:

"...Para que juegue la presunción es previo que la víctima demuestre haberse encontrado en situación de necesidad, inexperiencia o ligereza. Ello destaca la índole subjetivo-objetiva de la figura legal y pone coto a los posibles abusos de quienes conscientemente aceptan aparecer como víctimas de un negocio jurídico..."

Y unos párrafos más adelante agregó:

"...Las diferencias acerca de la conveniencia o no de la presunción de explotación "en caso de notable desproporción de las prestaciones" se evidenciaron desde el primer momento.

Para algunos miembros de la Comisión la presunción.

(93) Las Actas de este importante certamen no han podido imprimirse y sólo se cuenta con dos tomos mimeografiados, impresos por el Instituto de Derecho Civil de Rosario, que contienen la mayor parte de las ponencias.

(94) Ver el tomo 1 de *Ponencias*, tema 2 (Lesión), donde Brebbia propone, entre las "reformas aconsejables", ap. III, que "debe suprimirse el párrafo 3.º del artículo 954 C. civil", y luego fundamenta extensamente su posición recordando lo ya dicho en la ponencia que presentó al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil y expresando que "no existe relación lógica directa que permita fundar una presunción legal, entre la magnitud de la desproporción y la explotación que una de las partes ha ejercido sobre la otra".

Agrega más adelante que "la inversión del cargo de la prueba establecida en el artículo 954, párrafo 3, es susceptible de afectar también el valor justicia, seriamente amenazado por la aplicación de un criterio objetivo, que no distingue sobre la causa de la desproporción entre las prestaciones y que conduce a la destrucción de un acto que aparece como el producto de la libre voluntad de las partes".

(95) Ver en el tomo 1 de *Ponencias*, tema 2 (Lesión), las posiciones sustentadas por Roque Garrido, Elías P. Guastavino, Jorge Mosset Iturraspe y Benjamín Pablo Piñón, que se pronunciaron en favor del mantenimiento de la "presunción de explotación", y negando que de esa manera se haya restablecido la lesión objetiva.

(96) La Recomendación aprobada, con relación a la "Prueba", sostiene de "lege lata" que "la presunción de explotación se interpreta como mera inversión de la carga de la prueba", y de "lege ferenda", que "la presunción de explotación, ... debe mantenerse".

consagra un principio peligroso para la seguridad jurídica, sin apoyo en la lógica, ni precedentes en el Derecho comparado; además de no encontrar asidero “en lo que suele ocurrir normalmente en las relaciones humanas” desvirtuaría “los rasgos del instituto de la lesión subjetiva”.

Otros, en cambio, pensamos que la figura no se desnaturaliza, ni se pretende volver a la pura objetividad cuando se consagra la presunción, que no es, en rigor, sino una mera inversión en la carga de la prueba necesaria para asegurar la aplicabilidad del Instituto ante lo “diabólico” de la demostración de un requisito subjetivo: el aprovechamiento, y sólo se aplica en casos excepcionales de “notable desproporción”.

El matiz subjetivo queda salvado frente a cualquier hipótesis con la prueba del estado de inferioridad que debe aportar la víctima.

La presunción puede destruirse con la demostración del “no aprovechamiento”, o con la justificación de la desproporción o desequilibrio, en razón de un *animus donandi*. Ocurre que el legislador parte de considerar que la razonable equivalencia es de la naturaleza de los contratos con prestaciones recíprocas (97).

Poco cabe agregar a lo dicho por el miembro informante, pero quizá sea conveniente insistir en que nuestro legislador ha obrado con prudencia, pues, en lugar de suprimir el requisito de la explotación —como lo hacía el viejo Código ruso— se limita a presumirlo, siempre y cuando la víctima acredite la inequivalencia notable entre las prestaciones y su estado de inferioridad. Si no se prueban estas circunstancias, jamás podrá llegarse a la nulidad por lesión (98).

6) *Ámbito de aplicación de la figura*

a) *Los negocios unilaterales*

El artículo 954 del Código civil argentino habla de “actos jurídicos”, en general, sin establecer ningún tipo de limitaciones, lo que

(97) Hemos efectuado esta transcripción tan extensa de la opinión de Jorge Mosset Iturraspe, a través de la versión taquigráfica de su informe, para evitar que se pierda un material inédito, que consideramos valioso para la mejor interpretación del artículo 954 del C. civil argentino.

(98) Ver fallo citado en nota 36, donde se dijo: “La sola comprobación de la existencia de la lesión objetiva —es decir, el elemento material de la desproporción de las prestaciones recíprocas— no conlleva de por sí el elemento subjetivo, pues de lo contrario ello importaría que nuestra ley ha adoptado el criterio de la lesión enorme del Derecho romano o del francés, cuando en rigor es “conditio sine qua non” para que juegue el artículo 954 del C. civil que el damnificado haya llegado al acto que luego impugnan sus herederos porque el abusador explotó la necesidad, ligereza o inexperiencia del mismo”.

ha permitido afirmar que sería aplicable a los actos unilaterales y a los contratos gratuitos (99).

Pensamos, sin embargo, que esta interpretación olvida otros aspectos de la norma que deben ser tomados en consideración. Por ejemplo, el segundo párrafo del mencionado artículo exige que una parte explote la necesidad de la otra parte.

Si el texto alude claramente a la existencia de dos partes: ¿puede sostenerse que es aplicable a un negocio jurídico unilateral? Nos parece imposible, máxime si recordamos que la lesión procura corregir la “desproporción” que existe, y restablecer el equilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes (100), y no es posible hablar de desproporción, ni de desequilibrio en negocios unilaterales.

Este problema fue arduamente debatido en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y en el plenario se registró un pronunciamiento de la asamblea que por 32 votos contra 18 entendió que el artículo 954 del Código civil argentino no comprendía los negocios unilaterales (101).

6-b) *Los contratos gratuitos*

Tampoco consideramos que sea aplicable a los contratos gratuitos, porque en ellos sólo una de las partes tiene prestaciones a su cargo, y si no hay contraprestación no puede haber equivalencia (102), ni

(99) BREBBIA, Roberto H.: *Quintas Jornadas...*; “Ponencias”, tomo 1, interpretando el Derecho vigente, sostiene que: “El vicio de lesión puede existir en los contratos aleatorios y en los gratuitos”.

Y luego, para fundamentar esta afirmación, ha expresado que: “con relación a los actos unilaterales aparece como obvio que puedan derivar de los mismos serios perjuicios para el que los realiza, en igual o mayor proporción que en los actos bilaterales, en los que siempre el afectado recibe una contraprestación. La “desproporción” a que alude el artículo 954 no sólo puede existir entre las prestaciones de las partes, como ocurre en los actos y contratos bilaterales, sino también entre la prestación que una de ellas hace y las ventajas patrimoniales o extrapatrimoniales que le puede llevar aparejadas la realización del acto. La repudiación de la herencia, la emisión de una promesa de recompensa o de un título al portador, pueden ser anulados por lesión si median los requisitos de orden general establecidos en el artículo 954 del Código civil”.

Por su parte, ELÍAS P. GUASTAVINO, también en las *Quintas Jornadas...*, ha manifestado que: “La anulación o modificación de actos jurídicos por lesión no se limita a los actos bilaterales onerosos y conmutativos. ... podrían anularse o modificarse los actos jurídicos unilaterales cuando una persona explota y aprovecha las ventajas patrimoniales evidentemente desproporcionadas y sin justificación que derivan de los mismos, si han sido otorgados en situación de necesidad, ligereza o inexperiencia.”

(100) Conf. CARRANZA, Jorge A.: En *Examen y crítica...*, punto VIII-2, pág. 297, y DI CÍO, Alberto A.: trabajo citado, el Derecho, t. 40, en especial ap. VII, p. 709.

(101) La recomendación votada dice, en ese punto, que el vicio de lesión “no puede darse en los contratos gratuitos y en los negocios unilaterales”.

(102) En realidad en los negocios gratuitos se presenta la máxima inequivalencia posible, pues una de las partes da algo sin recibir nada en cambio, pero ello es la esencia misma de la gratuidad.

podría efectuarse un "reajuste equitativo del convenio" (103). Creemos que el ánimo de liberalidad que inspira a los actos a título gratuito elimina toda posibilidad de lesión, ya que mal puede hablarse de aprovechamiento en esos casos.

Sólo cuando se pierde de vista la verdadera naturaleza jurídica de la lesión, y argumentando sobre la base de sofismas, podría sostenerse —como lo han hecho algunos glosadores y canonistas en la Edad Media— que las donaciones pueden ser rescindidas por lesión (104), llegando a decir que el donante obtiene una ventaja con su donación que es la gratitud equivalente del donatario. En la doctrina argentina no se ha llegado a reproducir estas afirmaciones, pero se ha expresado que el beneficiario puede haber captado la voluntad del donante y haberle hecho creer que necesitaba más de lo que realmente le hacía falta para lograr de esa manera la donación (105).

Pero tal actitud del beneficiario es una verdadera acción dolosa; no se trata de la "explotación" caracterizada por el artículo 954 del Código civil argentino, sino del vicio del consentimiento llamado "dolo", que se configura cuando existen maniobras o ardidés con los que se procura obtener una declaración de voluntad que de otra manera no se habría efectuado (106). Hay, pues, un error de enfoque en los ejemplos con los que se pretende ilustrar la posibilidad de que exista lesión en las donaciones.

6-c) *Los contratos aleatorios*

Finalmente, aunque el artículo 954 del Código civil argentino no trata el punto, creemos que permite que los contratos aleatorios sean anulados cuando los afecta el vicio de lesión.

El problema ha sido arduamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia de muchos países. Por ejemplo, en Francia la discusión se ha planteado en torno a la transferencia de un inmueble a

(103) Conf. BORDA, Guillermo A.: trabajo citado, *El Derecho*, t. 29, p. 730, donde sostiene que la prueba de la inexistencia de la lesión "puede consistir en la demostración de que medió ánimo de hacer una liberalidad", y DI CRÓ, Alberto A., trabajo citado, *El Derecho*, t. 40, en especial ap. VII, p. 709.

(104) Ver DEKKERS, René: *La lésion enorme*, núm. 72, p. 51.

(105) BREBBIA, Roberto H., en la ponencia presentada a las *Quintas Jornadas...*, ha dicho que: "Las mismas razones que determinan la aplicación de la teoría de la lesión a los actos unilaterales, juegan en el caso de los contratos gratuitos.

La ventaja patrimonial desproporcionada que obtenga el donatario como consecuencia de la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia del donante deberá establecerse según las circunstancias del caso: situación económica del donante, vinculación con el donatario, etc."

Y durante el debate dio el siguiente ejemplo: "... una donación, a mi juicio, puede ser objeto también de invalidez por lesión. Se ha captado, se ha explotado al donante, si se le ha hecho creer, en virtud del estado de inexperiencia en que se encontraba, que el donatario necesitaba una cantidad que resulta muy excesiva para cubrir, digamos, los gastos de estadía en una ciudad donde estudia el donatario; ese acto puede caer por lesión" (versión taquigráfica inédita).

(106) Art. 931 del C. civil argentino y art. 1.269 del C. civil español.

cambio de la constitución de una renta vitalicia, o en casos de venta del usufructo o de la nuda propiedad de un inmueble. Gran parte de la doctrina francesa sostiene que en tales casos no es posible la rescisión por lesión, porque aunque exista una enorme desproporción entre las prestaciones de las partes, ello es de la naturaleza de los contratos aleatorios, ya que las ventajas o pérdidas para las partes resultan del acontecimiento incierto que constituye el aleas del contrato (107).

Sin embargo, hay casos en que la venta se ha efectuado por un precio vil, ya sea porque es inferior a las rentas netas del inmueble, o porque la diferencia es tan pequeña que desde el primer momento puede advertirse que jamás va a llegar a amortizarse íntegramente el capital, o sea, que una de las partes obtendrá siempre una ganancia —que podrá ser mayor o menor— y la otra sufrirá una pérdida, variable también, pero segura. En estos casos puede existir lesión cuando el desequilibrio entre las prestaciones de una y otra parte sea evidente, y resulte de un aprovechamiento indebido de la situación de inferioridad en que se encontraba.

Más claro aún se presenta el problema cuando el precio es tan irrisorio que no alcanza a cubrir el producto de la renta del inmueble, hipótesis en la cual hasta los propios autores que niegan la posibilidad de rescindir los contratos aleatorios titubean, y se resisten a admitir la validez de actos tan notoriamente inicuos. En estos casos la doctrina francesa suele recurrir a una sutileza técnica y afirmar que la venta es nula, no porque haya lesión, sino porque falta un elemento esencial: el precio. De esta manera se equipara el precio vil a la falta de precio (108). ¿No sería más correcto afirmar, sin recurrir a subterfugios, que las ventas aleatorias también pueden ser afectadas por la lesión?

Entre los autores franceses que sostienen la posibilidad de rescindir las ventas aleatorias podemos citar, por su autoridad, a MARCADE (109). Sus argumentos son contundentes y demuestran claramente que aun en los contratos aleatorios puede presentarse la lesión cuando para una de las partes no hay posibilidad de pérdida y para la otra parte falta la posibilidad de ganancia; estrictamente existe aleas, porque el monto definitivo de las prestaciones permanece indeterminado y puede variar, pero se prevé de antemano que el contrato sólo favorecerá a

(107) BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Traité du Droit Civil*, t. XIX, “De la vente”, núm. 682, p. 719; para este autor la principal dificultad reside en que es indispensable “establecer una relación entre el valor de la cosa y el precio de venta”, de manera tal que jamás podría apreciarse si existe o no lesión.

(108) AUBRY, C. y RAU, C.: *Droit Civil*, t. IV, núm. 349; LAURENT, F.: *Droit Civil Français*, t. XXIV, núm. 85, p. 13. En igual sentido muchos fallos jurisprudenciales. BAUDRY-LACANTINERIE acepta que en estos casos hay lesión; obra citada, núm. 683, p. 719.

(109) MARCADE, V.: *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8.^a ed., París, 1894, t. IV, art. 1.674, núm. 8, pp. 325 a 327.

una de las partes y, si la desproporción es notable e injustificada, podrá ejercitarse la acción de nulidad por lesión (110).

Procuraremos ilustrar el problema con un ejemplo; supongamos que un anciano de ochenta años transfiere un inmueble que vale 800.000 pesos a cambio de una renta vitalicia de 12.000 pesos mensuales, cuando en realidad por ese inmueble se puede cobrar —o se cobra efectivamente— un alquiler de 11.000 pesos. La desproporción resulta evidente, porque en realidad por año sólo se amortizan 12.000 pesos y serían necesarios más de 65 años para amortizar íntegramente el capital: ¿puede imaginarse que una persona llegue a vivir 145 años?

En casos como éste, insistimos, hay aleas, porque el monto total de lo que se paga en concepto de renta variará según que la muerte se produzca más temprano o más tarde; pero también es evidente que, desde el primer momento, se puede señalar una desproporción grande entre las prestaciones. Por otra parte, el elemento objetivo por sí solo no es suficiente, y para que proceda la rescisión por lesión, será menester que estén presentes los elementos subjetivos referentes a la víctima (inferioridad) y al lesionante (aprovechamiento).

Esta opinión es compartida por la mayor parte de la doctrina argentina (111), y fue objeto de un pronunciamiento en las Quintas Jornadas de Derecho Civil, donde el miembro informante expresó que “el carácter aleatorio de un contrato no debe impedir al juez sancionar la lesión”, afirmación que no fue contradicha por ninguno de los juristas que participaron en las Jornadas, llegándose a votar por unanimidad una Recomendación que expresaba textualmente:

“El vicio de lesión puede existir en los contratos aleatorios”.

Con posterioridad al año 1968 sólo hemos encontrado en los repertorios jurisprudenciales un caso en el que se solicitó la aplicación del remedio de la lesión a un contrato aleatorio (112). Se trataba de una renta vitalicia, a la que se había agregado un cláusula de estabilización para impedir su deterioro por causa del proceso inflacionario. La sociedad deudora de la renta pidió que se dejase sin efecto la mencionada cláusula por resultar “lesiva”, y el tribunal entendió que su aplicación no se traducía en una ventaja patrimonial despro-

(110) En épocas más recientes Jean DEPREZ ha efectuado un estudio minucioso de la evolución de la jurisprudencia y la doctrina francesa sobre esta materia, llegando a la conclusión de que la naturaleza aleatoria del contrato “no debe impedir al juez sancionar la lesión si el examen de las circunstancias de la causa le dan la íntima convicción de un desequilibrio flagrante” (Rev. Trimestrielle de Droit Civil, 1955, núm. 1, pp. 1-38; ver especialmente: “Conclusión”, pp. 37-38).

(111) CARRANZA, Jorge A.: *Examen y Crítica...*, punto VIII-3, p. 298, y MOLINA, Juan Carlos, obra citada, p. 165.

(112) Cámara Civil de la Capital, sala D, 29 de noviembre de 1973, *Azteca S. A. c/ Wheeler, Gualberto E. y otros*, El Derecho, t. 56, pp. 223 y siguientes, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 21, pp. 234 y ss.

porcionada, sino que su inclusión estaba plenamente justificada para evitar los efectos nocivos de la depreciación de la moneda, y que tampoco podía argüirse que hubiese mediado explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la actora, por lo que desestimó la demanda. Los términos del fallo permiten pensar que, si se hubiesen presentado los elementos de hecho configurativos de un acto lesivo, el tribunal habría aceptado la aplicación de la lesión a los contratos aleatorios, pero el punto no fue objeto de discusión, ni de pronunciamiento.

6-d) *Las subastas judiciales*

En la larga evolución de la figura ha existido una época en que llegó a admitirse la posibilidad de atacar como lesivas las ventas hechas en pública subasta. En tal sentido encontramos la Ley 2, del Título I, Libro X, de la Novísima Recopilación, que después de consagrar la rescisión de las ventas por lesión de más de la mitad, expresa:

“...y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables; y que haya lugar por esta ley en todos los contratos sobredichos, *aunque se haga por almoneda...*”.

Creemos que esta solución no condice con las razones que dan fundamento a la lesión, y que se exceden los límites de la figura. En la subasta pública no puede existir ánimo de aprovechamiento por parte del comprador, porque la ejecución se hace libremente al mejor postor; especialmente no podría hablarse de lesión cuando se trata de remates judiciales, pues tales actos deben ser sometidos a la supervisión y aprobación de un magistrado (113).

Nuestros tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre este problema, y así vemos que la Cámara Comercial de la Capital, sala B, el 14 de octubre de 1964, en autos “Covetta, Ernesto H., c/ Gatelli, Reinaldo G.”, ha dicho que “si no hay objeciones al acto en sí del remate, el bajo precio obtenido —que supera la base— no puede sustentar su nulidad, ya que establecido que el bien saldría a la venta con esa base, podía incuestionablemente ser adjudicado por la misma, si no hubiera mediado oferta mejor” (114).

(113) Conf. OSSIPPOW, P., obra citada, p. 119, y CARRANZA, Jorge: *Examen y crítica...*, p. 299.

(114) *El Derecho*, t. 12, p. 326. En igual sentido pueden consultarse otros fallos de la sala A del mismo tribunal; *Alvarez Ameal, S. R. L. c/ Llamazans, Casiano*, 31 de julio 1964, *El Derecho*, t. 9, p. 426, núm. 210; *Triplastic S. R. L. c/ Lococo, Domingo*, del 3 de agosto 1965, *Jurisprudencia Argentina*, 1966, t. I, p. 4, núm. 18; *Gil, León Dodwyn y Cia. c/ Sorroche, José María*, 21 noviembre 1966, *Jurisprudencia Argentina*, 1967, t. I, Sección reseñas, p. 26, núm. 118, y *Palmiere, Raúl y otros c/ Neptuno, S. A.*, 3 de abril 1968, *Jurisprudencia Argentina*, 1968, t. IV, p. 718, núm. 59; *Nalbandian, Avedis c/ Balián, Pablo y otro*, 4 de septiembre de 1972, *La Ley*, t. 150, p. 167, y de la sala B: *Alaimo, Fernando c/ Giangiuliani, Rafael*, 30 de marzo 1966, *Jurisprudencia Argentina*, 1966, t. V, p. 7, núm. 71.

y la Cámara Civil de la Capital, sala A, el 21 de agosto de 1962, en autos "Solá, (suc.)", expresó que el bajo precio obtenido, si cubre la base, no es causa de nulidad del remate (115).

7) Acciones concedidas a la víctima de un acto lesivo

a) Nulidad relativa o rescisión

Establece el artículo 954, en el segundo párrafo, que se puede solicitar "la nulidad o la modificación de los actos jurídicos" afectados por la lesión, y en el párrafo final concede a la víctima una opción entre ambas acciones (116), pero admite que si elige el camino de la nulidad, el demandado puede ofrecer un reajuste equitativo del convenio al contestar la demanda.

Creemos que el legislador ha incurrido en un error terminológico, pues los efectos que otorga a esta acción no son propios de una acción de "nulidad", sino de lo que técnicamente debe llamarse "rescisión" (117), que es el remedio reservado para negocios jurídicos que no están afectados de "invalidez", sino de "ineficacia" (118).

Quizá sea conveniente recordar en este momento las palabras que sobre el punto pronunciara un especialista en materia de nulidades, el profesor JOSÉ A. BUTELER, en reunión efectuada en el Instituto de Derecho Civil de Córdoba, el 10 de septiembre de 1964:

"...En la nulidad nunca se puede hablar de efectos parciales: la nulidad afecta al acto íntegramente; en cambio en la lesión o en el fraude se da precisamente la ineficacia o rescisión parcial..., el remedio puede centrarse a una sim-

(115) Jurisprudencia Argentina, 1963, t. V, p. 8, núm. 107; en igual sentido, de la misma sala: *Raffo Musio, Juan y otra c/ Vanoli, Bartolomé*, 19 de noviembre de 1965, *El Derecho*, t. 22, p. 571, núm. 242; *Consortio de Propietarios Monroe 3635 c/ Pisani, Italo A.*, 29 de junio de 1972, *El Derecho*, t. 44, p. 258 (en el caso se adujo precio vil, pero la suma obtenida triplicaba la base del remate); de la sala B: *Angarami, Gerardo c/ Russo, Margarita*, 15 de marzo 1971, *Jurisprudencia Argentina*, t. 11, p. 573, número 343; *Pedroni, Atilio y otros c/ Schoijen, Abraham*, 14 de abril 1971, *El Derecho*, t. 38, p. 139; *Artiro, S. A., c/ Resrobian, Avedis y otros*, 27 de septiembre 1971, *El Derecho*, t. 40, p. 602, núm. 87; *De la Torre, Antonio y otro c/ Carreras, Francisca G.*, 16 de marzo 1973, *El Derecho*, t. 49, p. 439, y de la sala C: *Maceira, Héctor J. c/ Casal, Eloncio*, 21 de marzo 1972, *Jurisprudencia Argentina*, t. 15, p. 542, núm. 379.

(116) Expresa textualmente que "el accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio...".

(117) Ver CASTRO, Federico de: obra citada, capítulo IV, *Los negocios rescindibles*, pp. 517 y ss.; en especial § 588, p. 520.

(118) Conf. DÍEZ PICAZO, Luis: "...la rescisión se aplica a "contratos válidamente celebrados y obedece no a la irregularidad en la formación del contrato, sino al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a derecho: produce un fraude de acreedores o una lesión. Por eso hemos hablado anteriormente de una ineficacia funcional. La rescisión es una ineficacia funcional", en *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, núm. 360, 1.º, página 314.

ple modificación o morigeración, con la cual pone remedio jurídico a la situación” (119).

La principal característica de la rescisión es que se puede solicitar la ineficacia total o parcial del acto, y esta última alternativa es la que brinda particular utilidad como remedio de los actos lesivos, pues permite mantener la validez del negocio subsanando la grosera inequivalencia entre las prestaciones que lo hacía inícuo. Advuértase que, aunque el lesionante, en el momento de realizar el acto, haya obrado con el propósito de aprovecharse de la situación de inferioridad de la víctima, al aceptar la modificación redime su falta, pues al prestar su conformidad para que se logre una equivalencia razonable entre las prestaciones, deja de explotar a la otra parte.

En varias oportunidades hemos dicho que no hacíamos problema de terminología, siempre y cuando se legislara adecuadamente sobre los efectos de la acción (120), y precisamente la Ley 17.711, aunque hable de “nulidad” en el artículo 954, ha regulado una verdadera acción rescisoria.

7-b) *Modificación o reajuste*

Se trata de una acción independiente pero complementaria de la rescisión. Es quizá el arma más útil con que se cuenta para combatir la lesión, pues permite eliminar el daño que se causaba a la víctima, restableciendo la equivalencia de las prestaciones y, de esta forma, mantener la validez del acto.

Para que proceda la acción de rescisión es menester que se haya producido un daño; al desaparecer el desequilibrio entre las prestaciones va a faltar el elemento objetivo de la lesión, y ya sabemos que la figura se integra con todos sus elementos.

En muchos códigos se denomina a esta acción de “reducción”, incurriendo en un error evidente, pues con frecuencia puede tratarse no de la reducción de una prestación excesiva, sino del aumento de una prestación exigua.

En los países en que se ha empleado el vocablo “reducción”, jurisprudencia y doctrina se esfuerzan en sostener que están comprendidas ambas hipótesis. Para subsanar esas dificultades es preferible emplear —como lo ha hecho el artículo 954— términos más amplios, que comprendan ambas situaciones.

7-c) *Oportunidad para ejercer la acción*

Cualquiera sea la fórmula empleada por las diferentes legislaciones que se ocupan de la institución en el Derecho comparado, se advierte en todas ellas que la víctima del acto lesivo puede hacer valer sus acciones en cualquier momento, mientras no hayan prescrito, y

(119) Ver nuestro libro *Lesión...*, p. 247, nota 77.

(120) Ver nuestro libro *Lesión...*, núm. 376, p. 247.

jamás el mero cumplimiento de las prestaciones nacidas del contrato lesivo convalidará el acto; muy por el contrario, en tales hipótesis se admite que la víctima pueda repetir lo que ya hubiese entregado, y ello —precisamente— porque no se trata verdaderamente de una hipótesis de nulidad, sino de rescisión.

Consideramos de interés en esta materia recordar la fórmula consagrada por el artículo 21 del Código suizo de Obligaciones (121), porque en ese sistema jurídico no se denomina a la acción de rescisoria, sino de “nulidad relativa” (122).

La doctrina suiza sólo admite dos maneras de confirmar el acto lesivo, a saber: a) que la víctima, después de haber desaparecido su situación de inferioridad, manifieste su voluntad de convalidar el acto de manera expresa, exteriorizando de esta forma un propósito de liberalidad; y b) que la víctima deje transcurrir el plazo de prescripción sin interponer la demanda de nulidad, confirmando tácitamente el acto lesivo.

Pero, si la acción no ha prescripto y no ha mediado una confirmación expresa, la nulidad traerá como consecuencia que la víctima “pueda repetir lo que ha pagado”.

Conviene también analizar la doctrina italiana, pues en el mencionado sistema jurídico se contempla como remedio de la lesión la rescisión del acto (123), con la alternativa lógica de la modificación (124). Señalan los autores italianos que estos actos no pueden ser confirmados porque no son “inválidos”, sino “ineficaces” y, por tanto, no hay ningún vicio que sanar. La única manera de eliminar la ineficacia es por el transcurso del tiempo, ya que todas las acciones prescriben si no se ejercitan dentro de los plazos previstos por la ley. Precisamente el artículo 1.451 del Código italiano se refiere a la imposibilidad de confirmar el acto sujeto a la acción de rescisión (125) y STOLFI (126) llega a sostener que esta prohibición se refiere tanto a la renuncia anticipada, como a un acto posterior de convalidación expresa.

Estamos de acuerdo con que no debe admitirse la renuncia anticipada de la acción, porque de otro modo esas renunciaciones podrían convertirse en cláusulas de estilo y tornar completamente ilusorio el remedio contra la lesión, pero no alcanzamos a comprender la necesidad de prohibir una confirmación expresa del acto, mientras se admite la confirmación tácita por vía de la inacción durante el plazo de prescripción. Hacemos, sin embargo, una salvedad: el acto confir-

(121) Ver el art. 21 del C. O. suizo en nota 11.

(122) Ver nuestro libro *Lesión*, núm. 166, p. 107.

(123) Ver art. 1.448 del Código civil italiano, en nota 16.

(124) “Art. 1.450 (C. civil italiano). *Oferta de modificación del contrato.*— El contratante contra quien se demandare la rescisión podrá evitarla ofreciendo una modificación del contrato suficiente para reducirlo a la equidad.”

(125) “Art. 1.451 (C. civil italiano). *Inadmisibilidad de la confirmación.*— El contrato rescindible no puede ser confirmado.”

(126) STOLFI, G.: *Teoría del negocio jurídico*, traducción al castellano, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 282.

matorio sería también ineficaz, y no produciría ningún efecto, si subsistiese la situación de inferioridad de la víctima (127).

Esta breve incursión por el Derecho comparado sirve únicamente para fortalecer nuestra posición: “el mero pago de las obligaciones surgidas del acto lesivo no tiene efectos convalidatorios”.

La víctima, impulsada por el ahogo económico propio de su estado de necesidad, o por su inexperiencia, o por el estado patológico de inferioridad psíquica que provoca la ligereza, no sólo celebra el contrato, sino que cumple las obligaciones que de él emergen. Muchas veces recién podrá advertir que la otra parte aprovechó su situación de inferioridad, después de haber cumplido las prestaciones a su cargo, que se hacen sentir en toda su dimensión no en el momento de contraerlas, sino en el de ejecutarlas. Con mucha razón decía QUINTEROS, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, “que la experiencia profesional nos indica que el lesionado se da cuenta del acto recién cuando tiene que despojarse de la cosa que por el contrato debe entregar” (128).

Nuestras elaboraciones doctrinarias concuerdan con lo sostenido por otros autores, ya que todos los que se han ocupado del tema aceptan pacíficamente que declarada la “nulidad” —como la denomina nuestro derecho— las partes deberán restituirse lo que recíprocamente hubiesen recibido (129); y la doctrina jurisprudencial, en los casos en que ha hecho aplicación del artículo 954 no ha vacilado en declarar la nulidad y hacer lugar a la repetición de lo que se había entregado (130), sin que se haya jamás insinuado la posibilidad de que la ejecución de la prestación afectada por la lesión podía constituir una hipótesis de confirmación tácita que subsanase el defecto del acto.

8) Plazo de prescripción

Prevé el artículo 954 que la prescripción de la acción “se operará a los cinco años de otorgado el acto”.

(127) Conf. MOLINA, Juan Carlos, obra citada, p. 164: “Para admitir la validez de una renuncia posterior al cumplimiento del contrato ha de considerarse si no median en ella, como acto jurídico independiente y autónomo, los mismos vicios de ligereza o inexperiencia y que ella no se obtenga por la otra parte aprovechándolos.”

(128) *Tercer Congreso...*, t. II, p. 550.

(129) Así, por ejemplo, Jorge CARRANZA ha dicho que los efectos de la nulidad y sus alcances “no serán diferentes a los de cualquier acción de esa índole” (obra citada, ap. XI, p. 307); y Juan Carlos MOLINA sostiene que “en cuanto a los efectos de la acción de nulidad son los previstos en el artículo 1.050 y siguientes del Código civil” (libro citado, nota 13, p. 161).

(130) Ver entre otros casos *Vigiani de Vigiani, Melania y otra c/ Butelli, Anibal A.*, Cámara Civil de la Capital, sala F, 9 de marzo de 1971, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 11, p. 248, donde luego de hacer lugar a la nulidad por lesión, el vocal doctor Collazo expresa que: “a mérito de lo preceptuado en el art. 1.050 del Código civil, obliga a las partes a restituir lo que hubiesen recibido y volver las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes...”.

En primer lugar, deseamos señalar un error metodológico; el plazo de prescripción de estas acciones no debió contemplarse en el artículo 954, sino en el título que el Código destina específicamente a la prescripción de las acciones en particular, varias de cuyas normas fueron también modificadas por la Ley 17.711.

En segundo lugar, pensamos que es un plazo inusitadamente largo; por lo general todos los ordenamientos jurídicos fijan plazos muy breves para las acciones de nulidad de los negocios jurídicos, para evitar que se afecte la seguridad jurídica y se pierda la confianza en la estabilidad de la validez del negocio.

Esta tendencia no sólo prevalece en el Derecho comparado, sino que también rige en nuestro Código, que fija un plazo de dos años para la prescripción de las acciones de nulidad por incapacidad de los otorgantes, o por vicios de la voluntad (arts. 4.031 y 4.030 del Código civil argentino).

Si se mantiene latente durante cinco años la posibilidad de pedir la nulidad o modificación de los negocios, aduciendo la existencia de la "lesión", se crea una grave inseguridad, máxime en países como el nuestro, que sufren agudos procesos inflatorios que distorsionan los valores e impiden apreciar con la debida exactitud, luego de transcurrido un tiempo, si la desproporción entre las prestaciones ha sido realmente grave.

La doctrina nacional, de manera casi unánime, ha condenado este aspecto de la fórmula represiva de la lesión (131), y en las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil la Recomendación votada expresaba la conveniencia de "*reducir el plazo de prescripción a dos años que se computarán desde la fecha en que deba ser cumplida la prestación*".

Este último punto, vinculado con el momento en que debe comenzar a correr la prescripción, presenta también sumo interés, pero no nos extenderemos ahora sobre él, porque lo hemos de tratar al comparar el Código civil húngaro con la fórmula contenida en el artículo 954 del Código civil argentino.

9) *Titulares de la acción*

El artículo 954 del Código civil argentino ha sido en este punto muy claro: la acción sólo puede ser intentada por la víctima o sus herederos, es decir, que únicamente se acepta la transmisión "mortis causa", en razón de que los herederos, en nuestro sistema jurídico ocupan el lugar del causante.

De esta manera se prohíbe transmitir la acción por un acto entre vivos, o que un acreedor de la víctima, ejercitando la acción oblicua que autoriza el artículo 1.196 del Código civil entable demanda en lugar del lesionado, *cuando éste se muestra remiso a hacerlo*.

(131) Con la lógica excepción de Borda y Spota que, como autores de la reforma, defienden la solución consagrada en el art. 954.

Uno de los inspiradores de la reforma, BORDA, justifica la solución, manteniendo que:

“resulta chocante a la idea de justicia que un tercero, el cesionario de los derechos, venga a beneficiarse con la explotación que el lesionado ha sufrido. En cuanto a los acreedores que pretendan intentar la acción oblicua, es obvio que ellos no tienen por qué impugnar un acto que muy bien puede haber obedecido a un ánimo liberal” (132).

Creemos que deben distinguirse dos problemas distintos: uno es el de la transmisión de la acción por un acto entre vivos, el otro la posibilidad de que los acreedores cuenten con un arma para defender sus intereses que pueden verse seriamente perjudicados si el patrimonio de la víctima queda en estado de insolvencia a raíz, precisamente, del acto lesivo.

9-a) *Transmisión por actos entre vivos*

Enfocada nuestra visión sobre el problema de la transmisión de la acción por un acto entre vivos a un tercero extraño al acto lesivo, pareciera asistirle la razón a BORDA, y los argumentos que suministra en su trabajo se ven reforzados por los de otros comentaristas, como ASTUENA, que nos dice:

“Pienso que la intransmisibilidad se funda en que el vicio que afecta al acto reconoce circunstancias y condiciones especiales y personalísimas que sólo pueden ser aquilatadas debidamente por el propio lesionado” (133).

Y con más extensión, Juan Carlos MOLINA afirma que la prohibición

“se funda en que el vicio que podría invalidar el acto reconoce circunstancias y condiciones especiales y personalísimas respecto del sujeto lesionado y que, por tanto, transmitidos los derechos y obligaciones del contrato a terceros por acto entre vivos y a cualquier título, esas circunstancias y condiciones ya se independizarían del contrato lesivo originario, efectuándose la transmisión en otras circunstancias y condiciones que no afectarían a los terceros. Por eso éstos no podrían accionar por el posible vicio de lesión cuyas consecuencias no han sufrido. Por lo demás, conceder la acción con mayor amplitud sería comprometer

(132) BORDA, Guillermo, A.: trabajo citado, en especial punto V, El Derecho, t. 29, ap. V, p. 733.

(133) ASTUENA, Norman J.: *La lesión como causa de nulidad o reajuste de los actos jurídicos bilaterales*, El Derecho, t. 45, p. 961, en especial ap. VIII, página 969.

la seguridad, la certeza y estabilidad de los negocios jurídicos" (134).

El resto de la doctrina nacional poco dice, y así vemos que ANDORNO expresa que considera "razonable circunscribir la posibilidad de su ejercicio" (135), y LÓPEZ DE ZAVALIA (136), MOSSET ITURRASPE (137) y DI CIO (138) se limitan a informar sobre cuál es el límite que se ha puesto a la legitimación, sin realizar ninguna valoración crítica sobre el punto.

Por último agregaré que sólo LLAMBIAS ha propiciado la supresión de la frase que dice que "Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto", en una ponencia presentada al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (139), remitiendo a los fundamentos dados en anteriores comentarios publicados en Jurisprudencia Argentina (140), pero allí vemos que sólo critica al párrafo por el plazo de prescripción que fija la acción (141).

Si efectuamos un balance, llegaremos a la conclusión de que los argumentos expuestos por la doctrina resultan convincentes y justifican la prohibición de transmitir la acción por "actos entre vivos".

9-b) *Ejercicio de la acción por acreedores de la víctima.*

El texto es muy claro, y su tenor literal parece cerrar las puertas de manera absoluta a que terceras personas ejerciten la acción, ni siquiera por vía de la subrogación que autoriza el artículo 1.196 del Código civil argentino, pese a que en tal hipótesis el acreedor no hace más que ejercitar los derechos de su deudor inactivo.

En este sentido encontramos una sentencia de la Cámara de Apelación de Dolores, del 23 de mayo de 1972, en la que se ha expresado que la acción de reducción, "por su propia naturaleza y por expreso mandato de la norma, no es susceptible de ser ejercitada oblicuamente por los acreedores" (142), que sigue una corriente jurisprudencial que se inicia con un fallo de la Cámara Primera de Apelaciones de

(134) MOLINA, Juan Carlos, obra citada, p. 158.

(135) ANDORNO, Luis O., ponencia remitida al IV Congreso Nacional de Derecho civil (ver *Actas...*, t. II, p. 679), y también en la obra con GARRIDO: *Reformas al Código civil*, 2.ª ed., Zavallia, Buenos Aires, 1971, comentario al artículo 954, p. 167.

(136) LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.: obra citada, p. 396.

(137) MOSSET ITURRASPE, J.: *Teoría General del Contrato*, Orbir, Santa Fe, 1970, p. 191.

(138) DI CIO, Alberto A.: *La lesión subjetiva en el art. 954 del Código civil*, El Derecho, tomo 40, p. 703, en especial, ap. XI, p. 711.

(139) *Cuarto Congreso...*, t. II, p. 683.

(140) LLAMBIAS, Jorge J.: *Estudio de la reforma del Código civil*, y Jurisprudencia Argentina, año 1968, t. V, pp. 673 y ss.

(141) Obra citada en nota anterior, p. 64, y J. A. 1968, t. V, p. 694.

(142) *Garibay, Alejo y obra c/ El Arco S. C. A.*, El Derecho, tomo 42, página 654, y Jurisprudencia Argentina, t. 21, p. 547 (con nota de L. M. E., página 550).

San Nicolás, del 20 de octubre de 1970 (143), y que posteriormente se ha reflejado también en un fallo de la Sala C de la Cámara Civil de la Capital, del 1.º de agosto de 1972 (144).

Si embargo, aquí se nos plantean dudas sobre la justicia de la solución adoptada por el legislador, y las palabras de BORDA, al sostener que los acreedores “no tienen por qué impugnar un acto que muy bien puede haber obedecido a un ánimo liberal”, quizá sean la mejor demostración de que se ha incurrido en un error.

A nuestro entender, debe efectuarse una subdistinción, según que la víctima del acto lesivo se encuentre en estado de insolvencia, o que se mantengan en su patrimonio bienes suficientes como para satisfacer a sus acreedores.

Si la víctima del acto lesivo fuese una persona solvente, y tuviese otros bienes, nada justificaría que los acreedores se entrometiesen en sus actos y procurasen esgrimir sus derechos, por vía de la acción subrogatoria, provocando la grave inestabilidad jurídica de que habla MOLINA.

Pero si la víctima cae en estado de insolvencia, la situación es muy distinta; su inacción va a perjudicar a los acreedores, que se verán privados de la legítima garantía que aseguraba el cumplimiento de las obligaciones. Y resulta que si se tratase de una verdadera liberalidad procedería la acción revocatoria, aunque el tercero ignorase la insolvencia del deudor (art. 967), pero BORDA niega la acción, ¡porque el acto pudo tener ánimo liberal! ¡Y todo esto con el agravante de que el acto es fruto de un aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima!

Adviértase, además, que puede suceder que la víctima, aunque conozca el daño que se le ha inferido con el acto lesivo, haya perdido interés en ejercitar la acción en razón, precisamente, de su estado de insolvencia, pensando que de cualquier forma esos bienes no van a quedar en sus manos, sino que pasarán a las de sus acreedores.

En esta pugna de intereses, ¿deberá preferirse al lesionante? ¿Se permitirá que consolide su ganancia ilícita y perjudique a acreedores legítimos de su víctima?

Una pregunta más: si la víctima cayese en estado de concurso, ¿podría el síndico ejercitar la acción? Creemos que sí, ya que el síndico tiene facultades, en virtud de lo dispuesto por los artículos 113 y 123 de la Ley de concursos número 19.551, para entablar las acciones tendientes a acreditar que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. Pero, puede suceder que el síndico —sea porque no lo considere conveniente, sea por desidia— tampoco intente la acción. ¿En qué situación quedan los acreedores?

Adviértase que ellos tienen un interés legítimo en promover la acción por lesión, cuyos requisitos y plazo de prescripción son distin-

(143) *Piciochi, Ana M. c/ Balbín, Casimiro y otros*, Jurisprudencia Argentina, t. 9, p. 682.

(144) *Filimondi, Alberto c/ López Barbe, Ignacio*, Jurisprudencia Argentina, t. 16, p. 86, y *El Derecho*, t. 48, p. 218.

tos a los de la acción revocatoria. Es cierto que hemos señalado como circunstancia justificante la "insolvencia actual" de la víctima, pero puede suceder que el acto lesivo haya sido ejecutado antes de que se produjese ese estado de insolvencia, ¡y ello no le quita su carácter lesivo!

Por lo expuesto, creemos que sería conveniente conceder a los acreedores la posibilidad de ejercitar la acción de lesión, por vía subrogatoria (145), cuando su deudor, que ha sido la víctima del acto lesivo, se encuentre en estado de insolvencia.

VI.—ALGUNAS LEGISLACIONES MODERNAS

Para completar nuestro estudio nos ha parecido necesario efectuar un análisis comparativo de la fórmula adoptada por el nuevo artículo 954 del Código civil argentino, con las que consagran algunos de los códigos más modernos, tanto del mundo occidental, como de los países socialistas, con las que no contábamos —sea por deficiencia de información bibliográfica, sea por no haberse sancionado aún— cuando trabajamos nuestro libro sobre "La lesión en los actos jurídicos" (146).

La comparación es sumamente interesante, pues nos permitirá señalar los aciertos o deficiencias de la fórmula que ha adoptado la Ley 17.711, y brindará al mismo tiempo pautas útiles al juez y al legislador; al primero para interpretarla provechosamente, al segundo para modificar la norma, puliendo sus defectos (147).

1) *El Código civil griego de 1946* (148)

a) *Antecedentes de la codificación*

La tradición jurídica griega es varias veces milenaria y está estrechamente vinculada al Derecho romano-bizantino, pero los avatares políticos de los últimos siglos han retrasado en ese país la tarea de codificación, de manera que sólo en algunas regiones insulares existían códigos civiles (Creta, las Islas Jónicas, Samos).

La labor de consolidación de la legislación civil ha sido lograda por el reciente Código, pero un acontecimiento bélico impidió que

(145) En contra, CASTRO, Federico de (obra citada, § 595, p. 525), que piensa que los acreedores no tienen legitimación activa para subrogarse en las acciones rescisorias, porque estas acciones pueden originar la obligación correlativa de restituir lo que se recibió en virtud del negocio que se rescinde.

(146) Terminamos de redactarlo en 1964, y la obra se imprimió en 1965.

(147) Bien dice Roscoe Pound que el derecho debe "ser estable, pero no estático"; estimamos que toda reforma legislativa tiene sentido experimental. Es una búsqueda de perfectibilidad y justicia, pero no algo definitivo (ver GRAVESON, R. H.: *Les méthodes de réforme du droit*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1967, núm. 2, pp. 353 y ss.).

(148) Utilizamos la traducción francesa, efectuada por Pierre Mamopoulos, y publicada por el Instituto Helénico de Derecho Internacional y Extranjero, Atenas, 1956.

entrara en vigor hasta cesar la ocupación extranjera que sufriera Grecia durante la Segunda Guerra Mundial (149).

Debemos señalar, aunque nuestra observación no sea en absoluto original, que el Código civil griego, a semejanza de casi todos los sancionados en el transcurso de este siglo, ha sufrido una marcada influencia del Código civil alemán, que incide especialmente en el aspecto metodológico, en la inclusión de una "Parte General", como Libro Primero del Código, en la que se considera, entre otras cosas, lo relativo al sujeto de los derechos, y también a la causa generadora, es decir, los actos o negocios jurídicos.

1-b) *Dispositivos vinculados con la lesión*

La influencia germánica se refleja también en el contenido sustantivo de muchas normas, y así encontramos el artículo 179 que se ocupa de la nulidad de los actos contrarios a las buenas costumbres y que constituye casi una traducción textual del segundo párrafo del artículo 138 del B. G. B. (150). Dice el mencionado artículo 179:

"Es nulo especialmente, como contrario a las buenas costumbres, el acto jurídico que trabe desmesuradamente la libertad de la persona, o por el cual, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, se estipule o reciba para sí, o en provecho de un tercero, en cambio de una prestación, beneficios patrimoniales que, según las circunstancias, estén en desproporción manifiesta con dicha prestación".

Incorpora de esta manera el legislador griego una fórmula repressiva de la lesión que puede clasificarse dentro de las denominadas objetivo-subjetivas, ya que nos brinda una caracterización completa de la figura por la reunión de tres elementos, a saber:

a) El elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones;

b) El elemento subjetivo de la explotación, que realiza el que se beneficia del acto lesivo; y

c) El elemento subjetivo del estado de inferioridad en que se encuentra la víctima y que se caracteriza —al igual que en el Código civil alemán y en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino— por la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte.

Los tribunales griegos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre este problema, y así vemos que la Corte de Casación, en fallos de los años 1960 y 1961, ha expresado que para que pueda anularse un acto por causa de lesión es indispensable que concurren todos los

(149) La Ley de Introducción, en su artículo final, preveía que entrara en vigencia el 1.º de julio de 1941, pero recién comenzó a aplicarse el 23 de febrero de 1946, salvo fuera de Grecia misma, por las autoridades no sometidas al control del enemigo.

(150) El texto del art. 138 del C. civil alemán está reproducido en nota 8..

elementos objetivos y subjetivos de la figura, es decir, el desequilibrio patrimonial, y la explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza (151).

La desproporción entre las prestaciones de las partes no se mide por módulos matemáticos, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho romano (152), o en las antiguas fórmulas objetivas adoptadas por los códigos del siglo pasado, sino que se califica el acto de “lesivo” cuando la desproporción es “manifiesta” (153) y se deja librado al criterio del juez apreciar cuando reúne tal requisito (154).

Nuestro artículo 954, en este aspecto, ha empleado dos adjetivos distintos: “evidente” “que es casi sinónimo de “manifiesto”— y “notable”. Nosotros hubiésemos preferido que se insistiese en que esa desproporción no sólo debe saltar a la vista, sino que debe ser considerable o, aún más, como dice el Código alemán “chocante”, es decir, tan grande que hiera el sentido de justicia.

En cuanto al aprovechamiento o “explotación”, sirven para caracterizar la naturaleza jurídica del acto lesivo, que es un verdadero acto ilícito.

Y en lo que respecta a los estados subjetivos en que puede encontrarse la víctima, la solución adoptada por el Código griego es un antecedente valioso en apoyo del acierto de nuestro legislador al contemplar las tres hipótesis: necesidad, ligereza e inexperiencia, y no reducir la aplicación de la figura sólo al caso de necesidad, como lo hace el Código civil italiano, y lo pretende parte de nuestra doctrina.

La Corte de Apelaciones Tesalónica, en sentencia del año 1965, (publicada en *Arménopoulos*, 10.67), ha procurado esclarecer el concepto de cada uno de estos posibles estados de la víctima de la lesión, sosteniendo que la “necesidad” comprende no sólo la falta de medios económicos, sino también la angustia moral provocada por situaciones que pongan en peligro la vida, salud u honor de la persona, y que la “inexperiencia” es un efecto de la juventud o de la insuficiencia intelectual; y refiriéndose a la “ligereza” ha dicho que consiste en el descuido o dejadez respecto a los propios actos (155). Nosotros entendemos que el vocablo “ligereza” no puede jamás ser interpretado como una conducta imprudente o negligente, sino que se refiere a un estado patológico de la víctima, que se encuentra en situación de inferioridad psíquica, semejante a la de los débiles mentales, para los cuales se ha previsto también como protección la inhabilitación en el

(151) Sentencias citadas por ZEPOS, Pan. J.: *Quinze années d'application du code civil hellénique*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, año XVI, 1962, núm. 2, pp. 281 y ss. (en especial, p. 289).

(152) Lesión de “ultradividium”, es decir, de más de la mitad del valor.

(153) “Manifiesto” es lo que está al descubierto, o es claro, patente. Ver *Diccionario de la Real Academia Española*, 18.^a edición, Madrid, 1956.

(154) La Corte de Casación griega ha manifestado, en fallo del año 1955, que las pequeñas desigualdades entre prestación y contraprestación no son suficientes para anular el acto (ver ZEPOS, trabajo citado, p. 290).

(155) Ver ZEPOS, trabajo y lugar citado en nota 151.

artículo 152 bis del Código civil argentino (texto incluido por la Ley 17.711). (156).

Es interesante señalar que, de acuerdo a la fórmula del Código griego —similar en este punto al Código civil alemán— la acción puede prosperar no sólo cuando el beneficio desproporcionado se estipuló a favor del contratante que se aprovecha del acto lesivo, sino cuando se lo ha establecido en provecho de un tercero para evitar cualquier subterfugio tendente a enmascarar la explotación, e impedir el ejercicio de la acción, aspecto este que ha sido descuidado por el legislador argentino en el artículo 954.

En una conferencia pronunciada en la Universidad de Mendoza (157), el 16 de mayo de 1968, es decir, veinte días después de la publicación de la Ley 17.711 y dos meses antes de su vigencia, sostuvimos que “sería muy fácil burlar la fórmula represiva si quien se aprovecha de la otra parte no se hace prometer para sí, sino para un tercero, los beneficios excesivos”. El artículo 954 del Código civil argentino no ha contemplado esta hipótesis, porque solamente dice:

“Cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviere por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.”

Debemos interpretar, para impedir que se busquen subterfugios tendentes a evitar la sanción prevista en la norma, que será aplicable no solamente cuando obtuviera estas ventajas “para sí”, sino también cuando las obtuviera para un tercero. Por supuesto que habría resultado mucho más claro si el artículo 954 lo hubiese manifestado expresamente —como lo hacen numerosos cuerpos legales— y no sabemos por qué razón aquí se ha omitido este aspecto.

Deseamos mencionar también otras resoluciones de tribunales griegos, que se han pronunciado sobre el ámbito de aplicación de la figura. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Nauplie ha sostenido, el año 1956, que el artículo 179 no es aplicable a los actos a título gratuito; y la Corte de Casación ha expresado que la desproporción de las prestaciones debe juzgarse al tiempo de celebrarse el contrato, y no con posterioridad (158).

Para completar el análisis del Derecho griego es conveniente referirse a las normas de transición que contemplan el momento en que entrará en vigencia la nueva disposición. La regla general, establecida en el artículo 2 del Código, es que “la Ley dispone para el porvenir y no tiene efecto retroactivo...”, pero —pese a ello— en

(156) Ver en el texto del art. 152 del C. civil argentino en nota 69.

(157) Publicada en *Mundo Jurídico*, de Mendoza, núm. 14, enero-febrero 1970, pp. 84-94.

(158) Ver ZEPOS, trabajo citado, pp. 289 y 290.

la ley de introducción encontramos una disposición especial que contempla el problema de la lesión; nos referimos al artículo 16, que expresa:

“Artículo 16 (Ley de Introducción).—La disposición del artículo 179 del Código civil se aplica igualmente a los actos jurídicos realizados antes de su introducción”.

Esta norma pareciera quebrantar un principio general que establece que la validez o nulidad de un acto jurídico debe juzgarse por las disposiciones vigentes a la época de su celebración, y que en tal hipótesis las nuevas leyes jamás podrían tener efecto retroactivo, sin afectar derechos ya incorporados al patrimonio del sujeto.

No hemos encontrado, entre la bibliografía a nuestro alcance, ningún trabajo vinculado con este artículo y por ello hemos procurado discurrir libremente —a riesgo de equivocarnos— en la búsqueda de un justificativo lógico para esta norma de transición, y quizá el único que pueda encontrarse se basa en el hecho de que en las viejas leyes bizantinas tenía vigencia la “lesión”, aunque en su formulación objetiva, y por ello el legislador ha creído que el cambio de sistema no era tan grande, y se justificaba aplicar la nueva norma aun a los actos realizados con anterioridad, cuya nulidad también podría haberse solicitado por vía de aplicación de las normas antiguas. O quizá haya considerado que por tratarse de un acto absolutamente nulo “debe considerarse que nunca se celebró”, como dispone el artículo 180 del propio Código civil griego.

Finalmente, señalemos que el artículo 183 del Código helénico, permite la ratificación ulterior de los actos, aunque sean *nulos* (159), lo que significa admitir la posibilidad de convalidar un acto viciado por la lesión (160), a diferencia de lo que ocurre en el Código civil alemán.

Pero entendemos que para que esa ratificación tenga validez, deben haber desaparecido las causas que provocaban la nulidad, es decir, que ya no debe mediar aprovechamiento ni inferioridad de la otra parte.

2) *Código civil de Etiopía* (1960)

Este cuerpo legal ha tenido como base un anteproyecto redactado por el distinguido comparatista francés René DAVID (161); fue promulgado el 5 de mayo de 1960 y entró en vigencia el 11 de septiembre del mismo año.

A los fines de nuestro estudio no presentan interés los artículos

(159) “Art. 183 Código civil griego). *Ratificación*.—La ratificación de un acto jurídico vale como nueva celebración del acto.

Si el acto nulo es ratificado por las partes contratantes, en caso de duda, se crea entre ellas la obligación recíproca de suministrar todas las prestaciones a que hubieran estado obligadas si el acto hubiese sido válido desde su origen.

(160) Se admite así un supuesto de lo que Federico de CASTRO llama “convalecencia del negocio” (obra citada, § 540 y 541, p. 485).

(161) Hemos consultado la edición en lengua francesa, publicada en 1962.

1.105 y 1.123, que se refieren a la “lesión en las particiones”, porque en esos casos lo que provoca la revisión del acto es el principio cardinal que debe imperar en toda partición: lograr que los lotes conserven la debida proporción en relación con los derechos de las partes y, por tanto, si no se ha respetado ese principio de la partición debe ser modificada para restablecer el equilibrio, sin que se necesite indagar si existió o no intención de uno de los partícipes de aprovecharse de la situación de los otros.

El Código civil etíope coloca a la lesión entre los “vicios del consentimiento”, y la estudia después de haber tratado del error, el dolo y la violencia, dedicando al punto el artículo 1.710, que dispone:

“1) El contrato no puede anularse por la sola razón de que sea mucho más ventajoso para una de las partes que para la otra.

2) Sin embargo, en estos casos podrá ser anulado si la moral lo exigiese, cuando el consentimiento de la parte lesionada haya sido obtenido explotando su penuria, simplicidad de espíritu, senilidad o inexperiencia manifiesta en los negocios”.

La lectura de esta norma da la impresión de que el legislador no sentía particular simpatía por el remedio de la lesión; esta impresión se corrobora cuando vemos lo que establece al tratar de los contratos relativos a los inmuebles, donde el artículo 2.887 niega de manera terminante la posibilidad de anular la venta de esos bienes por causa de lesión (162).

Queda, pues, claro que en las hipótesis residuales en que se admite la rescisión por lesión no podrá fundarse únicamente en elementos objetivos, sino que deben presentarse muy especialmente las circunstancias subjetivas de que el beneficiario del acto haya “explotado” la inferioridad de la otra parte, y que la víctima se haya encontrado en alguna de las situaciones previstas por el inciso 2 del artículo 1.710. Llamamos la atención sobre el hecho de que se incluye entre los posibles estados de inferioridad a la “senilidad” de la víctima; por otra parte, cuando se trata de “inexperiencia” se exige que sea “manifiesta”.

Esta válvula de escape contenida en el inciso 2 del artículo 1.710 encuentra su fundamento en la “inmoralidad” de la causa —fin que se ha perseguido con el acto lesivo (163), y debe concordarse con lo que el propio código dispone un poco más adelante, en el artículo

(162) “Art. 2.887 (Código civil etíope).—La venta de inmuebles no da lugar a resolución por causa de lesión, ni por parte del comprador, ni del vendedor.”

(163) También en el Derecho argentino se ha sostenido que éste sería el fundamento de la lesión, diciendo que “al producirse la inequivalencia de las prestaciones queda sin causa eficiente la restante contraprestación, afectándose el equilibrio contractual, que es la esencia de aquel linaje de convenciones” (CARRANZA, Jorge A.: *Examen y crítica...*, p. 295).

1.716, cuando fulmina también con la nulidad los contratos que tienen “objeto ilícito o inmoral”.

Así enfocadas las cosas, el Código no ha considerado que el vicio de lesión deba provocar una nulidad insubsanable —como ocurre en el Código civil alemán, donde se considera que el *objeto* del acto lesivo es inmoral o contrario a las buenas costumbres—, sino que admite la posibilidad de paralizar la acción si se ofrece entregar un suplemento de la prestación que haga desaparecer el desequilibrio que existía, es decir, borre la lesión (164). En tal sentido, el artículo 1.812 nos dice:

“Cuando se demande la nulidad de un contrato por causa de lesión, el contratante que se beneficia con el contrato puede detener la demanda ofreciendo pagar un suplemento suficiente para reparar la lesión”.

Finalmente, señalemos que la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de los dos años a partir del momento en que se celebró el contrato afectado por la lesión (art. 1.810, inc. 2).

3) *Código civil húngaro* (1960) (165)

a) *Antecedentes de la codificación*

La vieja tierra de los magiares, pese a los esfuerzos reiterados de su pueblo, que siente una honda vocación por la libertad, se ha visto a lo largo de los siglos sojuzgada por vecinos poderosos, que ahogaban en sangre los esfuerzos de independencia de ese pueblo heroico.

Sin embargo, su individualidad como nación ha conseguido sobrevivir y ello se debe, en parte, al mantenimiento de un orden jurídico propio, ya que aun durante su sometimiento al Imperio Austríaco, bajo la monarquía de los Habsburgo, logró Hungría impedir la aplicación del Código civil de Austria de 1811 y mantener sus viejas leyes locales (166).

Los juristas húngaros han dedicado durante mucho tiempo sus mejores esfuerzos a lograr la codificación del derecho civil del país, y así vemos que entre 1871 y 1898 se presentaron diversos proyectos

(164) CARRANZA (obra citada en nota anterior, p. 296), piensa que si la inequivalencia de las prestaciones es un “defecto de la causa del acto jurídico, puede ser sancionada con la nulidad relativa, que permite la confirmación y no invalida *in totum* el acto”.

Es la solución adoptada por el Código de Etiopía.

(165) Hemos trabajado con la edición francesa: “Code civil de la République Populaire Hongroise”, traducida por Pál Sebestyén, Corvina, Budapest, 1960.

(166) La lengua, la religión y el orden jurídico son, al mismo tiempo, elementos aglutinantes y sirven para perfilar las características propias de una nación.

parciales, que culminaron en un proyecto integral de codificación civil el año 1900.

Suele señalarse que ese proyecto dejaba traslucir una fuerte influencia del Código civil alemán, sancionado cuatro años antes, y de los viejos códigos suizos de fines del siglo pasado. Las críticas que se formularon a este primer proyecto trajeron como consecuencia la elaboración de otro, el año 1913, que fue elevado al Parlamento, donde se designó una comisión especial para estudiarlo. La comisión preparó, sobre la base de todos estos antecedentes, el proyecto de 1915 que, sin embargo, no consiguió sanción legislativa, en razón de las inquietudes bélicas que agitaban a Europa en ese momento.

Al finalizar la Gran Guerra (1914-1918) con la derrota de los Imperios Centrales, Hungría consiguió su anhelada independencia y se reanudaron los esfuerzos tendentes a la codificación, llegándose a elaborar en 1928 un nuevo proyecto, que tampoco consiguió sanción legislativa.

Después de la Segunda Guerra Mundial cayó Hungría dentro de la órbita de los países socialistas y su régimen político adoptó, a partir de la Constitución de 1949, la forma de una "democracia popular".

El cambio de sistema político hizo más imperiosa la necesidad de codificar las leyes civiles, para actualizarlas y adaptarlas a los llamados principios de legalidad socialista. Por tal causa, se designó en 1953 una comisión encargada de elaborar un proyecto de Código, presidida por el ministro de Justicia.

Resulta interesante destacar algunos aspectos de técnica legislativa, que muy rara vez son descuidados en la actualidad, cuando se trata de confeccionar un proyecto de la importancia del que nos ocupa. Tanto en las democracias occidentales, como en las llamadas democracias populares, o en gobiernos autocráticos como el que tenía Portugal, se suele dar amplia publicidad a los anteproyectos y se brinda participación a la opinión jurídica del país, para someterlos a una depuración que permita eliminar —dentro de lo posible— la mayor cantidad de defectos. Nadie desconoce que cualquier obra humana, por más cuidado y prolijidad que se haya puesto, es siempre perfectible; pero la posibilidad de que subsistan algunos errores no deben impulsarnos a obrar con apresuramiento y descuido.

En este sentido los trabajos preparatorios del Código civil húngaro —como luego veremos también en el Código polaco y el portugués— han sabido seguir el sendero correcto y han obedecido las prudentes indicaciones de una buena técnica legislativa.

La Comisión designada por el gobierno procuró lograr la colaboración más amplia de las instituciones científicas (Instituto de Ciencias Jurídicas y Políticas; Academia Nacional de Ciencias; Facultades de Derecho de las Universidades de Budapest, Szeged y Pécs; Facultad de Ciencias Económicas de Budapest), como así también de la Corte Suprema y diversos tribunales de justicia; colegios de abogados y todos los organismos sociales y del Estado que pudieran tener interés en la discusión del proyecto.

El trabajo fue elevado en septiembre de 1956, pero la Hungría mártir debía sufrir ese año un nuevo y rudo golpe, con los trágicos sucesos de Budapest, que postergaron sus ansias de libertad.

Consolidado el gobierno comunista se reanudaron los trabajos; se examinaron las disposiciones del anteproyecto y en 1957 se terminó su nueva redacción para someterlo a discusión pública.

Luego de dos años, en los que se recibieron gran cantidad de observaciones, el proyecto se elevó a la Asamblea Legislativa el 30 de julio de 1959, y fue aprobado por Ley IV, del mismo año, entrando en vigencia a partir del 1.º de mayo de 1960.

Como todos los códigos civiles de países socialistas, ha dejado de lado el derecho de familia y se caracteriza por la escasa extensión de su texto, al punto de que se trata de las personas, propiedad, obligaciones y contratos, y derecho sucesorio, en sólo 684 artículos; pero ello se debe, en gran medida, a que la regulación de numerosos aspectos se deja a cargo de las leyes reglamentarias (167).

3-b) *Normas sobre lesión*

El Código civil húngaro trata de la institución que nos ocupa al referirse a los contratos en general. Encontramos allí dos normas consecutivas, la primera de las cuales concede la acción a la víctima del acto lesivo atendiendo solamente a la mera desproporción objetiva entre las prestaciones de las partes; en cambio, en la segunda norma que mencionamos, para conceder la acción a la víctima se requiere que haya mediado aprovechamiento de la otra parte.

El hecho de que se incorporen simultáneamente normas que contemplan las dos formas de reprimir el acto lesivo, nos hace pensar que se ha deslizado cierta influencia de la legislación austríaca (168); sin embargo, las normas del Código civil húngaro presentan caracte-

(167) Podemos citar como ejemplo los siguientes artículos del C. civil Húngaro:

"Art. 29 (C. civil de Hungría).—§ 1.—Reglas especiales determinarán las condiciones de constitución y extinción de las personas jurídicas..."

"Art. 84.—Las reglas especiales para la protección de los derechos personales de creación intelectual son determinadas por la ley de derechos de autor, etc..."

"Art. 91.—... § 2.—Leyes especiales determinarán la superficie de tierras arables o boscosas que pueden pertenecer en propiedad a una sola persona..."

"Art. 92.—... § 3.—Reglas especiales determinarán hasta qué tamaño las casas habitación pueden ser objeto de propiedad personal."

No proseguimos la enumeración para no cansar al lector, ya que creemos que los ejemplos suministrados son suficientemente demostrativos de nuestro aserto.

(168) El viejo Código de Austria, como lo hemos expresado más arriba, daba cabida a la "lesión enorme", de acuerdo al modelo romano, en el artículo 934; posteriormente, a principios de este siglo se incorporó el artículo 879 una fórmula de carácter subjetivo, inspirada en el Código civil alemán, pero sin suprimir la norma anterior, de manera que subsistieron ambos dispositivos legales (pueden consultarse en las notas 25 y 26 de este trabajo).

rísticas propias de singular interés, como lo veremos al analizarlas más detalladamente.

Dispone el:

“Art. 201. § 1.—Toda prestación estipulada por contrato debe tener una contraprestación, salvo que el propio contrato, o las circunstancias del caso, permitan otra cosa.

§ 2.—Cuando en el momento de la conclusión del contrato hay una diferencia sensible entre el valor de la prestación y el de la contraprestación, sin que una de las partes haya tenido la intención de efectuar una liberalidad, la parte lesionada puede atacar el contrato. El tribunal podrá hacer cesar la desproporción modificando el contrato, y manteniendo su validez.”

El párrafo segundo del artículo que hemos reproducido toma en cuenta sólo la desproporción objetiva entre las prestaciones de las partes, pero no establece límites matemáticos —como las viejas leyes romanas—, sino que nos habla de “diferencia sensible”. Por otra parte, el único remedio que se concede en este caso es el de la “modificación” para restablecer el equilibrio, pero no se contempla la posibilidad de anular el acto; en realidad, el remedio previsto es el más efectivo, como lo hemos manifestado en múltiples oportunidades.

A continuación, el artículo 202 se refiere a las hipótesis en que ha mediado aprovechamiento, y califica de nulos a estos contratos usurarios:

“Art. 202. § 1.—Cuando al celebrar el contrato una de las partes, aprovechando la situación de la otra, estipula para sí un beneficio sensiblemente desmesurado, el contrato es nulo y sin efecto (contrato usurario).

§ 2.—En caso de contrato usurario el tribunal puede:

a) Restablecer la situación anterior a la celebración del contrato, o

b) Suprimir el beneficio desmesurado y declarar válido el contrato, sea hasta la fecha de la sentencia, sea en sus efectos posteriores también.

§ 3.—El tribunal puede remitir, en todo o en parte, la restitución de una prestación recibida, cuando esta restitución colocase a la parte lesionada en una situación difícil, aunque se otorgasen pagos escalonados. La prestación debida a la parte que ha causado el perjuicio, a solicitud del procurador del Estado, deberá ser entregada al Tesoro.

§ 4.—La parte que ha ocasionado el perjuicio debe restituir a la víctima la parte de la prestación recibida que corresponda al beneficio desmesurado.”

Debemos advertir que en esta norma no se precisan los estados subjetivos en que puede encontrarse la víctima del acto lesivo, sino que el legislador se ha limitado a señalar que la otra parte ha “aprovechado su situación”. Esta explotación de la necesidad del prójimo es considerada como un verdadero acto ilícito y, como tal, hace acreedor a su autor de serias sanciones, contempladas en la misma norma, que no se limitan a la nulidad del acto y a la acción de modificación, sino que llegan hasta a hacerle perder —en beneficio de la víctima, o del Estado— las prestaciones que le eran debidas.

Vemos así que en las hipótesis de anulación del acto el Tribunal puede aliviar la situación de la víctima y eximirla, total o parcialmente, de la obligación de restituir las prestaciones que hubiese recibido; puede disponer también que esas prestaciones, en lugar de entregarse a quien se aprovechó del acto lesivo, sean ingresadas al tesoro del Fisco.

3-c) *Prescripción de la acción. Plazo. Momento inicial.*

El Código húngaro presenta otras características notables que es menester señalar: por ejemplo, al hablar del plazo de prescripción de las acciones de nulidad encontramos el artículo 236, que dispone:

“Art. 236. § 1.—La demanda de anulación debe ser comunicada por escrito a la otra parte en el plazo de un año...”

Advertimos, en primer lugar, que el legislador húngaro con muy buen criterio, establece un plazo muy breve para la nulidad de los actos jurídicos en general, ya que sólo acuerda un año para intentar la acción.

No creemos necesario extendernos aquí en mayores consideraciones sobre el particular, pero señalaremos, sí, la coincidencia con el plazo que —en materia de lesión— recomendaba el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (169). Pero la coincidencia es más notable porque, en el apartado c) del párrafo segundo del mismo artículo, se dispone:

“Art. 236.—...

§ 2.—El plazo para la demanda de nulidad comienza a correr:

.....

c) En el caso de una desproporción manifiesta entre las prestaciones de las partes, desde el momento en que la parte lesionada ha ejecutado su obligación, y si esta parte en el momento de la ejecución hubiese estado sometida a constreñimiento, en el momento en que ese estado desaparezca...”

(169) *Tercer Congreso...*, Recomendación núm. 14, T. II, p. 778 (el texto de la recomendación puede ser consultado en la nota 27 de este trabajo).

Esta norma coincide esencialmente con la proposición que formulara QUINTEROS en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (170) y que fue receptada en la Recomendación que hemos reproducido en la nota 27.

El nuevo artículo 954, incorporado al Código civil argentino por la Ley 17.711, al apartarse de dicha Recomendación incurre en un doble error: en primer lugar, fija defectuosamente como momento inicial de la prescripción aquel en que se contrae la obligación, descuidando el hecho real de que la víctima del acto lesivo, se encuentra en ese instante bajo la presión de situaciones que, de la misma manera que la impulsaron a someterse a la explotación de la otra parte, impiden que se dirija a los organismos jurisdiccionales a reclamar la invalidez del acto, ya que recién después de ejecutada la prestación a su cargo podrá apreciar debidamente el daño que ha sufrido y estará en condiciones de intentar la acción.

En segundo lugar, nuestro código estipula un plazo de cinco años, desmesurado y sin antecedentes en la legislación comparada.

En vano procuran algunos de los coautores de la Reforma (171), justificar los defectos de la norma; el argumento de que en caso de no haberse estipulado este plazo de cinco años puede aplicarse el común de diez años, no es convincente, ya que en todo caso el legislador debió haber unificado el plazo con el de otras acciones de nulidad de actos jurídicos (vicios de la voluntad, art. 4.030; e incapacidad, artículo 4.031 del Código civil argentino), estableciendo también para la lesión dos años.

El modelo húngaro, y la Recomendación coincidente del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, brindan una solución mucho más adecuada.

4) *Código civil polaco de 1965* (172)

a) *Notas sobre la labor de codificación*

Polonia es uno de los países de la Europa Central que ha sufrido más desgarramientos y desmembraciones territoriales a lo largo de su historia. Una de las consecuencias de estas vicisitudes ha sido que simultáneamente se aplicaran distintas leyes en las diferentes partes del país, y así algunos territorios estuvieron regidos por el Landrecht prusiano y, posteriormente, a partir de 1900, por el Código civil alemán; otros han aplicado el Código civil austríaco de 1811; y en el gran Ducado de Varsovia tuvo vigencia el Código Napoleón.

(170) *Tercer Congreso...*, T. II, p. 549 y 550.

(171) SPOTA, Alberto G.: *Sobre las reformas al Código civil*, p. 11, ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, y BORDA, Guillermo A.: trabajo citado, *El Derecho*, T. 29, en especial ap. VI, pp. 733-734.

(172) Hemos utilizado la traducción francesa de Maciej Szepletowski, publicada por Wydawnictwo Prawnicze, Varsovia, 1966.

En el período entre ambas guerras mundiales la República de Polonia procuró reemplazar la legislación extranjera por leyes nacionales que unificaran las normas en vigencia y se aplicasen a todo el territorio del país. Este propósito se logró parcialmente y, en lo que interesa a nuestro estudio, debemos recordar que en 1933 entró en vigencia el Código polaco de las Obligaciones, sancionado el año anterior, que contenía en su artículo 42 una fórmula represiva de la lesión, inspirada en los modelos alemán y suizo (173).

La Segunda Guerra Mundial produjo cambios políticos de importancia y Polonia entró también en la órbita de las llamadas "democracias populares". Casi de inmediato se iniciaron las tareas de renovación legislativa y codificación del Derecho civil (174), con miras a lograr la unificación total de esta rama del Derecho privado, procurando por una parte eliminar definitivamente la legislación extranjera todavía en vigor en algunas regiones de la República, como consecuencia de las particiones territoriales y, por otra parte, adecuar las normas legales a los principios de tipo socialista que inspiraban al nuevo régimen.

Esta primera etapa no tuvo el verdadero carácter de una codificación, sino que constituyó más bien una especie de obra de consolidación legal, que recayó sobre los siguientes tópicos, de acuerdo al orden cronológico en que se dictaron las leyes correspondientes, a saber:

- 1) Personas;
- 2) Matrimonio;
- 3) Familia;
- 4) Tutela;
- 5) Regímenes matrimoniales;
- 6) Derecho sucesorio;
- 7) Derechos reales, o de cosas;
- 8) Registro inmobiliario; y
- 9) Reglas generales sobre Derecho civil.

Puede advertirse que en esta primera etapa el Código de las Obligaciones permaneció intacto.

En 1951 recomenzaron los intentos de modificación legislativa y se elaboró, por un grupo de juristas, magistrados de la Corte Suprema y representantes del arbitraje económico del Estado, un proyecto de Código que fue publicado en 1954 y sometido a discusión pública.

La Academia de Ciencias de Polonia, por intermedio de su Comité de Ciencias Jurídicas, publicó un volumen que contenía parte de las observaciones que se formularon al proyecto, y —atendiendo esos antecedentes— se lo modificó y se publicó un nuevo proyecto en

(173) El texto del artículo 42 del Código polaco de las Obligaciones de 1933, está reproducido en la nota 15 de este trabajo.

(174) Quince meses de labor, entre 1945 y 1946, que culminaron en noviembre de ese último año.

1955; pero este intento no logró consagración legislativa, en especial porque se consideró que el grupo de especialistas encargado de elaborarlo era poco numeroso y no había sido suficientemente representativo de la opinión jurídica del país, unido ello a que la discusión pública de los proyectos no había estado bien organizada.

Para obviar estos defectos de método se nombró una nueva comisión encargada de elaborar los anteproyectos de códigos, compuesta por un grupo suficientemente amplio de representantes de la doctrina y práctica profesional y se procuró someter todos los textos propuestos a un prolijo análisis público.

Los trabajos de la Comisión que estudió el proyecto de Código civil se extendieron desde 1957 a 1962. En 1960 vio la luz un anteproyecto, que fue objeto de numerosas observaciones en las revistas especializadas y en los diarios, audiciones radiales, seno de los órganos populares e instituciones científicas. Participaron en la discusión los órganos de arbitraje económico, los tribunales de justicia y el ministerio público.

Estas consultas tuvieron innegable influencia sobre el texto definitivo del proyecto, que fue elevado al cuerpo legislativo en 1963, y luego de varios meses de debates en 8 comisiones internas de la Dieta, fue aprobado en el año 1964.

Con la sanción del nuevo Código civil, que unificaba toda la legislación sobre la materia, quedó derogado el anterior Código de las Obligaciones.

4-b) *Normas sobre lesión*

En materia de lesión encontramos un nuevo dispositivo, el artículo 388, que dispone:

“Art. 388. § 1.—Si una de las partes, explotando la penuria, impotencia o inexperiencia de la otra, acepta o reserva para sí o para un tercero, contra su propia prestación, una prestación cuyo valor al momento de conclusión del contrato, sobrepase sensiblemente el valor de su propia prestación o el aumento de la que le es debida; en el caso de que una u otra medida resultaran excesivamente difíciles, puede demandar la anulación del contrato.

§ 2.—Las facultades previstas en el párrafo precedente se extinguen a los dos años contados desde la celebración del contrato”.

Las características de este dispositivo son comunes a todas las fórmulas de tipo objetivo-subjetivo que hemos analizado, se encuentran en ella el elemento objetivo de la inequivalencia de las prestaciones, y los elementos subjetivos del aprovechamiento de una parte, y la inferioridad de la otra.

Con respecto a los estados en que puede encontrarse la víctima, hallamos como novedad que se ha reemplazado la situación patológica de inferioridad psíquica, que suele caracterizarse con el vocablo "ligereza", por la situación de "impotencia" (175), cuya exacta aplicación a la figura que estudiamos no alcanzamos a comprender debidamente (176). No creemos que situaciones de esa índole puedan servir de base para la rescisión del acto por lesión, y pensamos que —posiblemente— se trata de alguna traducción poco feliz del original polaco.

Se concede a la víctima la opción entre la acción de modificación del acto, sea por la vía de aumento o reducción de su prestación, según corresponda en el caso concreto, o la acción de nulidad, cuando la modificación resultase muy difícil.

El artículo del Código vigente reproduce una previsión contenida en el antiguo Código de las Obligaciones de 1933 (177) respecto a que la desproporción de las prestaciones debe apreciarse al momento de la celebración del contrato, que falta en muchos de los cuerpos legales que han adoptado fórmulas subjetivas, y que no vacilamos en calificar como un verdadero acierto (178).

Para concluir, señalaremos que el Código civil polaco fija también un plazo de prescripción reducido: *dos años*, para evitar que la inseguridad que puede crear esta acción rescisoria se prolongue durante demasiado tiempo.

5) Código civil portugués de 1967 (179)

a) *Notas sobre la labor de codificación*

Nos permitiremos reproducir algunas líneas que escribimos en enero de 1968, al dar noticia de la sanción del nuevo Código (180), que reemplazó al que elaborara el Marqués de Seabra para Portugal, que ya tenía casi un siglo de vigencia.

Una comisión, integrada por los más destacados juristas portu-

(175) La traducción al francés del Código polaco, utiliza el vocablo "impuissance", que corresponde a "impotencia", en castellano.

(176) "Impotencia" significa: "falta de poder para hacer una cosa", o "incapacidad de engendrar o concebir" (Diccionario de la Real Academia Española, 18ª edición, Madrid, 1956).

(177) El artículo 1.448 del Código civil italiano de 1942 también incluye esa previsión; pero cabe hacer notar que el Código polaco de las obligaciones entró en vigencia con casi una década de antelación.

Sin embargo, encontramos antecedentes más antiguos en legislaciones que consagran fórmulas objetivas, como sucede en el Código civil francés, cuyo artículo 1.675, al tratar de la lesión en la venta de inmuebles, se refiere "al valor en el momento de la venta".

(178) Ver libro citado en nota 4, núm. 172, p. 109 y 110.

(179) Fue aprobado por Decreto-Ley 47.344/66, que fijó como fecha para su entrada en vigencia, el 1.º de junio de 1967, salvo para los artículos 1.841 a 1.858 que recién se aplicarían a partir del 1.º de enero de 1968.

(180) *El nuevo Código civil portugués*, en Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, año XXX, 1966, núm. 4-5, p. 243.

gueses (181), en la que se encontraban representadas por sus catedráticos las más altas casas de estudio de ese país (Universidades de Coimbra y Lisboa), ha trabajado empeñosamente durante veintidós años en la elaboración del proyecto que ahora ha recibido sanción (182).

El trabajo ha sido paciente y cuidadoso: los miembros de la comisión, a medida que redactaban sus anteproyectos, publicaban en el "Boletim do Ministerio da Iustica", artículos de doctrina para explicar el alcance de las modificaciones que proponían (183).

Los anteproyectos de los distintos libros fueron presentados a partir del año 1956, y sobre ellos trabajó una comisión revisora, que produjo una serie de opiniones y dictámenes, compilados en cinco volúmenes, con el título de "Primera Revisión Ministerial", que fueron publicados entre 1961 y 1963, para facilitar su conocimiento y análisis por los entendidos (184). Después de recibir numerosas sugerencias y críticas, se efectuó una "Segunda Revisión Ministerial", que ha sido publicada entre 1964 y 1966, en siete volúmenes, que también han sido objeto de discusión (185), antes de arribarse al Proyecto definitivo, que se presentó en mayo de 1966, y acabó por convertirse en ley seis meses después.

En resumen, el nuevo Código constituye el fruto maduro del esfuerzo de toda una generación de juristas portugueses y se presenta acompañado por abundantes trabajos doctrinarios, que sirven para aclarar el pensamiento de sus autores y facilitarán la tarea del intérprete del nuevo texto legal.

A todas luces merece un cálido elogio la vía adoptada para llegar a la sanción del nuevo Código, sin apuros intempestivos; procurando que los anteproyectos tuvieran amplia publicidad y discusión en todas sus etapas (186), ejemplo que debe ser tenido en cuenta por cualquier

(181) Colaboraron principalmente, en Parte General, los profesores Paulo Cunha, Pires Lima, Vaz Serra y el Dr. Rui Alarcón; en Obligaciones: Vaz Serra, Pires Lima y Ferrer Correia; en Derechos Reales: Pinto Coelho y Pires Lima; en Derecho de Familia: Gomes da Silva, Pires Lima y Braga da Cruz; y en Sucesiones, el profesor Galvao Telles.

(182) El Decreto-Ley 33.908 autorizó al ministro de Justicia a promover los trabajos de elaboración del nuevo Código civil, pudiendo a tal fin nombrar uno o varios juristas o una comisión, si fuera necesario ("Diario de Gov., Lisboa, 1.ª serie 4 de septiembre de 1944).

La comisión designada incluyó entre sus miembros nueve profesores de distintas Universidades portuguesas, entre los cuales se encontraba el propio ministro de Justicia (en aquel entonces), Dr. Vaz Serra.

(183) Ver "Boletim do Ministerio da Iustica", núm. 160, noviembre 1966, páginas 9 y ss., donde se encuentra una nómina completa de los trabajos publicados en esa y otras revistas en vinculación con el Anteproyecto.

(184) Todas estas "Sugerencias críticas" fueron agrupadas y publicadas en un volumen.

(185) También se han publicado las "Sugerencias y críticas", que mereció la Segunda revisión Ministerial.

(186) Aprovechamos, de paso, para agradecer al profesor Antonio Ferrer Correia, que nos obsequió un ejemplar del Anteproyecto, permitiéndonos conocer el trabajo antes de su sanción, y al Ministerio da Iustica que, a nuestra

país que se encuentre en trance de adoptar medidas similares, atento la fundamental importancia que tienen las leyes civiles para la vida de un pueblo.

5-b *La lesión en el nuevo Código*

El Código, como casi todos los elaborados en el presente siglo, dedica su Libro Primero a la Parte General del Derecho civil. El Título Segundo de este libro trata específicamente de la relación jurídica y sus elementos; sujeto (personas), objeto (cosas) y causa generadora (hechos jurídicos), incluyéndose finalmente un cuarto subtítulo, que contiene normas más bien de tipo procesal, ya que en él se contemplan especialmente los problemas probatorios, bajo la leyenda de "ejercicio y tutela de los derechos".

Al ocuparse de los hechos jurídicos, en el subtítulo III, dedica la Sección II al "objeto de los negocios" (187) y su nulidad, cuando dichos negocios son usurarios. Se trata, pues, de normas vinculadas con la *lesión*, a la que se refiere con la denominación de negocios "usurarios", que no es desacertada, ya que si bien es cierto que para muchos la "usura" consiste en la percepción de intereses excesivos en el contrato de mutuo, en realidad este es un caso especial de lesión —como lo hemos sostenido en otras oportunidades— y por extensión puede aplicarse el nombre de "negocios usurarios" a los actos lesivos, pues la denominación resulta clara y expresiva y sirve para poner de manifiesto el parentesco que existe entre ambas figuras.

Pero no se agotan en esta sección las normas represivas de la lesión que contiene el nuevo Código portugués, sino que —en concordancia con ellas— encontramos también la represión de la usura propiamente dicha, en el contrato de mutuo (art. 1.146); la reducción de las cláusulas penales excesivas (arts. 812 y 935); y la condena de las sociedades leoninas (art. 944).

Hay, sin embargo, una particularidad que debe señalarse: la fórmula general incluye los elementos subjetivos y objetivos característicos de los sistemas modernos de represión de la lesión, pero en los casos especiales de la usura en el mutuo, en la cláusula penal, y en las sociedades leoninas, el legislador se ha reducido a contemplar elementos objetivos, y no exige la explotación de la situación de inferioridad de la víctima (188). Nos ocuparemos, pues, separadamente, de uno y otro tipo de disposiciones.

solicitud, nos remitió ejemplares del nuevo Código, que hemos utilizado en la labor de la Cátedra y del Instituto de Derecho Civil de Córdoba.

(187) Artículos 280 a 284 del nuevo C. civil portugués.

(188) Conf. LIMA, F. A. Pires de y VARELA, J. M. ANTUNES: *Código civil anotado*, Coimbra Editora, 1968, t. II, art. 1.146, pp. 451 y 452. En el punto 3 de su comentario hacen notar que el concepto de "usura" del artículo 1.146 no coincide con el concepto de "negocio usurario" del artículo 282, ya que este último exige el aprovechamiento consciente de la situación de inferioridad de la víctima, mientras que en el mutuo usurario o en las cláusulas penales

5-c) *Lesión subjetiva*

En primer lugar, el artículo 282 ha adoptado —como decíamos más arriba— una fórmula que sigue la moderna inspiración de conjugar armónicamente el elemento objetivo, con los elementos subjetivos:

“Art. 282.—*Negocios usurarios.* § 1.—Es anulable el negocio jurídico cuando alguien, aprovechando conscientemente la situación de necesidad, inexperiencia, dependencia o deficiencia psíquica de otro, obtuviese de éste, para sí o para un tercero, la promesa o concesión de beneficios manifiestamente excesivos o injustificados.

§ 2.—Queda a salvo el régimen especial establecido para el mutuo en el artículo 1.146.”

El elemento objetivo de la desproporción entre las prestaciones se tipifica con la obtención de “beneficios manifiestamente excesivos e injustificados”.

La ilicitud del acto surge del aprovechamiento “consciente”, requisito que nos parece excesivo y que, en la práctica, se ha de traducir en la escasa aplicación de esta norma, por la dificultad que hay en indagar en el ánimo íntimo del sujeto si el aprovechamiento ha sido o no “consciente”. Creemos que esta exigencia está en contradicción con la adopción de fórmulas meramente objetivas para los casos de mutuo y cláusula penal.

En lo que respecta a la enumeración de los estados en que se puede encontrar la víctima, presenta interés la mención de la “dependencia” (189), y el reemplazo del vocablo “ligereza” por la locución “deficiencia psíquica”.

Al incluir la “dependencia” entre los posibles estados de la víctima, se ha dado cabida a la anulación del acto por “temor reverencial”, hipótesis que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido expresamente rechazada por el codificador en el artículo 940 del Código civil argentino (190), por considerar que no alcanzaba a configurar la violencia necesaria para viciar la libertad de los sujetos.

Constituye, en cambio, un acierto hablar de “deficiencia psíquica”, en lugar de ligereza, pues de esta forma se evita toda discusión y se pone de relieve claramente que el legislador se refiere a un estado patológico de inferioridad, no querido por la víctima del acto lesivo.

basta con que sobrepase los límites fijados por la ley para que corresponda reducirlos.

(189) “Dependencia”, en su primera acepción, significa: “Subordinación, reconocimiento de mayor poder o autoridad”; ver Diccionario de la Real Academia Española, 18 edición, Madrid, 1956.

(190) “Art. 940 (Código civil argentino).—“El temor reverencial o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos”.

La víctima no sólo goza de la acción de nulidad (191) prevista en el artículo 282, sino que también puede pedir la modificación de los actos lesivos, en virtud de lo dispuesto en el artículo siguiente:

“Art. 283.—*Modificación de los negocios usurarios.*—

§ 1.—En lugar de la anulación el lesionado puede reclamar la modificación del negocio, según juicios de equidad.

§ 2.—Pedida la anulación, la parte contraria tiene la facultad de oponerse, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del párrafo anterior.”

Hemos dicho ya, e insistimos, que la acción de modificación es el arma más útil con que se cuenta para combatir la lesión, pues permite eliminar el daño que se causaba a la víctima, restableciendo la equivalencia de las prestaciones y, de esta forma, mantener la validez del acto. Al desaparecer el desequilibrio entre las prestaciones va a faltar el elemento objetivo de la lesión, y ya sabemos que la figura debe integrarse con todos sus elementos.

Por otra parte, aunque el lesionante, en el momento de realizar el acto haya obrado con el propósito de aprovecharse de la situación de inferioridad de la víctima, al aceptar la modificación rectifica su anterior conducta y si toma a su cargo el cumplimiento de una prestación razonable, deja de explotar a la otra parte.

5-d) *Lesión objetiva*

En materia de mutuo la ley portuguesa fija una tasa máxima de intereses permitidos, estipulando que son usurarios si exceden el 8 por 100, cuando existen garantías reales, o el 10 por 100 en caso contrario (192). Y, siempre en este contrato, se fija también el interés máximo que puede percibirse en caso de mora, en las tasas del 12 y 14 por 100, respectivamente, para las mismas hipótesis que mencionamos más arriba.

Si se estipulan intereses superiores, la sanción no ha de ser la nulidad del contrato, sino la reducción del interés a los límites máximos fijados por la ley; se pretende evitar con ello que el mutuario se deje

(191) Se trata de una acción de “nulidad relativa”, que por sus efectos creemos que sería más apropiado llamar de rescisión.

(192) “Art. 1.146 (Código civil portugués).—*Usura.*—§ 1.—Es considerado usurario el contrato de mutuo en que se estipulan intereses anuales superiores al ocho o diez por ciento, según exista o no garantía real.

§ 2.—Es considerada también como usuraria la cláusula penal que fije como indemnización debida por la falta de restitución del préstamo, en lo que corresponde al tiempo de la mora, en más del doce o catorce por ciento al año, conforme exista o no garantía real.

§ 3.—Si la tasa de los intereses estipulada, o el montante de la indemnización, excediese al máximo fijado en los números precedentes, se considerarán reducidos a esos máximos, aunque sea otra la voluntad de los contratantes”.

arrastrar con facilidad a la fijación de tasas de interés excesivas, en la seguridad de que posteriormente le ha de ser fácil lograr judicialmente la condena del usurero, y no pagar ningún interés, ni siquiera el legal (193).

También prevé el Código portugués la reducción de las cláusulas penales excesivas (194). De paso recordaremos que el punto ha sido contemplado en nuestro derecho, de manera expresa, a partir de las modificaciones que la Ley 17.711 introdujo al artículo 656 (195).

Pero el Código portugués adopta también en esta materia un criterio objetivo, como lo vemos muy claramente cuando se ocupa de la cláusula penal en la compraventa, para el caso de que no cumpliera el comprador:

“Art. 935. § 1.—La indemnización establecida en cláusula penal, para el caso de que el comprador no cumpliera, no puede sobrepasar la mitad del precio, salvo la facultad de las partes de estipular, en términos generales, el resarcimiento de todo el daño sufrido.

§ 2.—La indemnización fijada por las partes será reducida a la mitad del precio cuando haya sido estipulada por un monto superior, o cuando las prestaciones cumplidas superen ese valor y se haya convenido la no restitución de ellas; si hubiese un perjuicio excedente, y no se hubiese estipulado su resarcibilidad, será resarcido hasta el límite de la indemnización convenida por las partes.”

Advertimos en esta norma una especie de reminiscencia de las viejas fórmulas romanas de *lessio ultradimidium*, y el mantenimiento de apreciaciones objetivas de la desproporción, estableciendo límites matemáticos rígidos.

La idea de proteger contra todos los aprovechamientos abusivos de la inferioridad de la otra parte, se proyecta en el Código portugués en materia de sociedades, donde se incluye de manera expresa un dispositivo que sanciona con la nulidad, sobre la base de una apreciación objetiva, las cláusulas llamadas leoninas. Dice el:

“Art. 944.—*Pacto leonino*.—Es nula la cláusula que excluya a un socio de la comunidad de las ganancias o que lo exima de participar en las pérdidas de la sociedad...”.

(193) Ver LIMA y VARELA, obra citada, t. II, comentario al artículo 1.146, núm. 6 p. 452.

(194) “Art. 812 (C. civil portugués).—*Reducción equitativa de la pena*.—§ 1.—La pena convencional puede ser reducida por el Tribunal, de acuerdo con la equidad, cuando fuere manifiestamente excesiva, hasta por causa sobreviniente...”.

(195) “Art. 656 (Código civil argentino. Agregado efectuado por la Ley 17.711).—... Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configure un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”.

5-e) *Caducidad de la acción*

Hemos brindado, así, de manera muy rápida, un panorama de las disposiciones del Código portugués que reprimen la lesión; nos falta, sin embargo, referirnos a un tópico: el plazo con que cuenta la víctima para ejercer la acción.

Se advierte en la nueva legislación portuguesa una tendencia a reemplazar los plazos de prescripción por plazos de caducidad. En tal sentido dispone el:

“Art. 298.—*Prescripción, caducidad y no uso del derecho.*—§ 1.—Están sujetos a prescripción por su no ejercicio durante el lapso de tiempo establecido en la ley, los derechos que no sean indisponibles, o que la ley no declare imprescriptibles.

§ 2.—Cuando por disposición de la ley, o voluntad de las partes, un derecho debe ser ejercido durante cierto plazo, son aplicables las reglas de la caducidad, salvo que la ley se refiera expresamente a la prescripción...”

De lo transcrito resulta que el decaimiento del derecho de ejercer la acción de nulidad o modificación se produce por vía de caducidad y no de prescripción (196).

El plazo es sólo de un año, como lo establece el párrafo primero del artículo 287 (197), pero recién comienza a correr cuando cesa el vicio que origina la acción de nulidad.

Interpretamos que, en caso de lesión, el vicio consiste en el aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima y, por tanto, el vicio cesaría y el plazo comenzaría a correr, en el momento de ejecutarse la prestación a cargo del lesionado.

Hay, sin embargo, una excepción para la hipótesis de que el negocio usurario configure a mismo tiempo un delito; en tal caso el plazo para ejercer las acciones de anulación o modificación no terminará mientras la acción penal no haya prescrito (198).

(196) Coincide así con la Recomendación formulada por el Tercer Congreso Nacional de Derecho civil, y con la fórmula que proponíamos en nuestro libro.

(197) “Art. 287 (C. civil portugués).—*Anulabilidad.*—§ 1.—Sólo tienen legitimidad para argüir la anulabilidad las personas en cuyo interés la ley la establece, y sólo dentro del año siguiente a la cesación del vicio que le sirve de fundamento...”.

(198) “Art. 284 (C. civil portugués).—*Usura criminal.*—Cuando el negocio usurario constituye un delito penal, el plazo para el ejercicio del derecho de anulación o modificación no termina mientras el delito no haya prescrito; y si la responsabilidad criminal se extinguiere por causa diferente de la prescripción, o en el juicio penal fuese pronunciada sentencia que pase en autoridad de cosa juzgada, el plazo se contará desde la fecha de la extinción de la responsabilidad criminal o de aquella en que la sentencia adquiriere fuerza de cosa juzgada, salvo que tuviese que contarse desde un momento posterior, en razón de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 287”.

6) *Compilaciones forales españolas*

Cuando escribimos nuestra obra sobre "La lesión en los actos jurídicos", al referirnos a España sólo mencionábamos la inexistencia de normas en el Código civil. José María CASTÁN, en un generoso comentario publicado en 1966, señaló de manera muy gentil el olvido en que habíamos incurrido al no mencionar al Derecho foral de Cataluña, en cuya compilación está contemplada de manera expresa la lesión enorme.

Podríamos tratar de justificarnos alegando que la Compilación catalana, aprobada el 2 de julio de 1960, no había llegado a nuestras manos cuando efectuamos el estudio de Derecho comparado sobre la institución que nos ocupa, pero debemos confesar que no se trataba solamente de las dificultades de conseguir información sobre leyes recientes, ni de olvido, sino de verdadera ignorancia sobre el papel que desempeñan en el sistema jurídico español los derechos forales.

La mayor parte de los juristas extranjeros suelen desconocer esa realidad española, que nosotros recién tuvimos oportunidad de apreciar y comprender cuando realizamos estudios de perfeccionamiento, en el período 1965-1966, en el Seminario de Derecho Civil, dirigido por don Federico DE CASTRO en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Advertimos entonces que extensas y pobladas comarcas de la Península se rigen por leyes especiales, que prevalecen sobre lo dispuesto por el Código civil, y un mapa histórico nos permitió comprender las razones de tal particularidad cuando vimos que el Código tenía plena vigencia en Castilla y en las tierras que habían estado ocupadas por los moros y habían sido reconquistadas por los monarcas castellanos, mientras que los fueros especiales se mantenían en las regiones que correspondían a los otros reinos cristianos de la Península Ibérica.

Nos llamó la atención una especie de paradoja que resultaba de comparar el sistema jurídico español con el sistema jurídico argentino. España, pese a haber logrado su unidad política hace casi cinco siglos, y contar con una organización de tipo unitario, tiene derechos sustantivos plurales, mientras que la Argentina, república federal, cuyas provincias poseen cuerpos legislativos propios, tiene un sólo Código civil y, en general, las leyes de fondo son únicas y las sanciona el Congreso de la Nación. Más aún, en materia adjetiva, y pese a la pluralidad de normas de fondo, España tiene una Ley de Enjuiciamiento Civil común, mientras que en la República Argentina hay tantos códigos procesales como provincias.

Pero dejemos de lado estas digresiones y veamos brevemente qué disponen sobre la lesión las compilaciones de Cataluña y Navarra.

6-a) *Compilación de Cataluña de 1960*

El Derecho foral catalán hunde sus raíces en el Derecho romano; por eso no es de extrañar que la compilación, al acuñar una fórmula

para lo que denomina “engany de mitges”, haya acudido al modelo romano, que sólo toma en cuenta el aspecto objetivo de la desproporción de las prestaciones en más de la mitad del valor.

Algunos comentaristas han sostenido que al adoptarse un criterio tan rigurosamente objetivo “se corre el peligro de amparar el abuso contrario al que antes se quería evitar” (199) porque comprenden que en el fondo moral de la institución está subyacente la protección a las víctimas de un aprovechamiento inicuo (200), y que este elemento subjetivo no debe faltar jamás, ya que la desproporción sólo constituye una presunción “*iuris tantum*” de ese aprovechamiento (201).

Poco podía, sin embargo, hacer el compilador, ya que no estaba en sus manos crear nuevos dispositivos, sino solamente dar forma estructurada a lo que ya tenía real vigencia en los usos y costumbres de Cataluña, con sólo las modificaciones indispensables para adaptarlas a las necesidades actuales (202).

Se ha incluido, pues, en el Libro Cuarto de la Compilación, dedicado a las Obligaciones, un capítulo, el segundo, con tres artículos (323 a 325), destinados a la rescisión por lesión. La primera de estas normas dispone:

“Art. 323.—Los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez.

No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta, ni en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido, o por el deseo de liberalidad del enajenante. En las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa no podrá ejercitarse dicha acción res-

(199) MARTI RAMOS, LUIS: *La rescisión de los contratos por lesión enorme en Cataluña*, Anuario de Derecho Civil, 1959, núm. IV, pp. 1277 y ss. (en especial, p. 1281).

(200) Ver FAUS ESTEVE, Ramón: *Sentido ético y progresivo de la compilación*, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1961, pp. 33-57, en especial cuando dice que la institución “no tiene por base un conflicto económico sino ético; se busca el precio racional, el precio justo, ni poco ni mucho, al objeto de conciliar los intereses dispares de las partes”, p. 38.

(201) Así, por ejemplo, se ha dicho que la simple existencia de la desproporción “motiva que la ley presuma *iuris tantum* que el contrato se celebró debido a una situación anormal, que si bien no da lugar a una anulabilidad, sí es suficiente para que se pida la rescisión” (GARCÍA VALLÉS, Ricardo: ¿La rescisión por *laessio ultradimidium*, debería aplicarse a los bienes muebles?, *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1963, núm. 2, p. 391).

(202) Conf. CAMPS i ARBOIX, J.: *Notes a l'engany de mitges de la Compilació*, *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero 1961, núm. 1, p. 7.

corria hasta que se haya extinguido o caducado el derecho de redimir, “luir”, “quitar” o recuperar.

Esta acción rescisoria es de naturaleza personal, transmisible a los herederos, y caduca a los cuatro años de la fecha del contrato. Sólo será renunciabile después de celebrado el contrato lesivo, excepto en Tortosa y su antiguo territorio, en el que la renuncia podrá hacerse en el mismo contrato.”

Este cuerpo legal contempla la lesión con cierto sentido restrictivo, ya que si bien concede la acción no solamente en la hipótesis de la compraventa, sino también en los restantes contratos a título oneroso (203), la limita al caso de que esos contratos tuvieran como objeto bienes inmuebles, y sólo concede la acción de rescisión al enajenante.

Estas limitaciones reconocen antecedentes históricos, pero a nuestro entender nada interesa que la víctima haya sido el adquirente o el enajenante; basta que haya sufrido la lesión para que la acción proceda (204). Por otra parte, en la actualidad tampoco se justifica que se reduzca su ámbito de aplicación a los casos en que el objeto del contrato haya sido un bien inmueble, frente a la importancia y valor económico que han adquirido numerosos bienes muebles, como los automotores, o las maquinarias industriales (205).

Por otra parte, creemos que estas limitaciones no serán aplicables en la región de Tortosa, pues aunque la última parte del artículo 323 sólo se refiere al problema de la renuncia —que trataremos luego— es innegable que las costumbres de Tortosa concedían la acción a cualquiera de las dos partes del contrato, y con relación a cualquier objeto, como puede verse si consultamos las costumbres II, III y IV, de la Rúbrica XXIII, Libro IV, de su Libro de Costumbres (206),

(203) De esta forma la compilación se ha apartado de la doctrina fijada por alguna sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia del 28 de noviembre de 1949, en Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, año 1950, p. 420), que sostenía que sólo podía ejercitarse la acción de rescisión en las compraventas.

Nos parece acertado el criterio ampliatorio de los compiladores.

(204) En contra: ROCA TRÍAS, María Encarnación: *Problemas del engany de mitges*. Revista Jurídica de Cataluña, año 1967, núm. 2, pp. 263-299, en especial p. 272.

(205) Conf. GARCÍA VALLÉS, R.: trabajo citado, p. 393, y ROCA y PUIG BRUTAU: *La lesión ultramidium*, en “Estudios”, t. I, p. 263 (citados por CASTÁN TOBEÑAS, t. III, Obligaciones, 10.^a ed., p. 524).

(206) *Costum II*: Tota cosa venuda, es vist que es venuda menys de son preu, e's pot desfer e retractar si s'es venuda menys de la meytat del just preu. Atressi's pot retractar e desfer si es venuda per mes o oltra la meytad del just preu. Electio es tota hora, del comprador de restituir la cosa o de cumplir lo just preu, sindoncs especialment per ells no sera renunciat a engan, oltra meytad del just preu.

Costum III: Menys de la meytad del just preu, es dit, si la cosa valdra XX sous e s'es venuda menys de X poc o molt. Mes de meytad del just preu, es dir, si la cosa valdra XX sous s'es venuda per mes de XXX poc

que a nuestro parecer no ha sido derogado en estos puntos (207).

Debemos señalar que la Compilación de Cataluña no admite la aplicación de la lesión a los contratos aleatorios (208), ni a los efectuados en subasta pública, o aquellos en que haya mediado ánimo de liberalidad en el enajenante. Este último aspecto ha sido objeto de preocupación para la jurisprudencia, con relación especialmente a hipótesis en que el negocio entrañaba sólo parcialmente una liberalidad (209), resolviéndose que tampoco en ese caso era aplicable la rescisión por lesión.

Se ha sostenido, a nuestro entender con razón, que la lesión no puede aplicarse a los actos de comercio (210). Es cierto que la compraventa de inmuebles puede tener carácter mercantil, pero a los argumentos que brinda MARTÍ RAMOS sobre la inaplicabilidad de la compilación al Derecho mercantil, debemos agregar que en general los actos de comercio no suelen ser rescindibles por causa de lesión, porque es difícil que se presenten en el comerciante los elementos subjetivos que permitan considerarlo víctima de un aprovechamiento inicuo, ya que la sagacidad y pericia necesarias para el ejercicio del comercio son incompatibles con los estados de "inexperiencia o ligereza" que en las fórmulas modernas se exigen para que prospere la rescisión por lesión.

Como hemos dicho anteriormente, no se hace ninguna mención a los elementos subjetivos, ya que la fórmula atiende únicamente a la desproporción en más de la mitad del justo precio. Para estimar esta desproporción debe atenderse al valor que las cosas tenían al momento de celebrarse el contrato (211), lo que contribuye a distinguir esta acción de la que podría corresponder por aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", cuando se producen variaciones ulteriores de carácter imprevisible, problema que con anterioridad a la compilación ya había sido resuelto en varias oportunidades por el Tribunal

o molt, pero la valor de la cosa deu esser gardada e'l temps que la venda fo feta e la sao.

Costum IV: Tot hom qui engana altri o altra la meytad del just preu, qual-que venda sia se deu retractar si es demandat. Mas si la venda sera feyta oltra la meytad del just preu e les parts lo saben e u consenten, d'a'qui enent aquella venta val e no's pot retractar.

(207) Conf. ROCA TRÍAS, María Encarnación, trabajo citado, p. 269: "... el *Llibre de las Costums generals escrites de la insigne Ciutat de Tortosa...* sigue aplicándose, en lo que no ha sido recogido o derogado por la Compilación de Derecho catalán".

(208) En nuestra opinión, como lo hemos expresado al analizar el artículo 954 del Código civil argentino, no hay razones para excluir los contratos aleatorios.

(209) Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1970, en *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1971, núm. 4, p. 841, con una interesante nota crítica de María Encarnación ROCA DE LUQUE (pp. 844-855).

(210) Sobre el punto puede verse lo que expone en detalle MARTÍ RAMOS, trabajo citado, p. 1283 y ss.

(211) Ver CONDOMINES VALLS, FRANCISCO y FAUS ESTEVE, Ramón: *Derecho civil especial de Cataluña*, ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 351.

Supremo, negando que los cambios ulteriores de valor pudiesen incidir en la acción rescisoria.

La Compilación declara expresamente que la acción concedida es de rescisión, y ello se debe a que tiene por objeto declarar la ineficacia de un acto válido, a diferencia de las acciones de nulidad, por ejemplo, que sancionan la invalidez de actos que “ab-initio” estaban afectados por un vicio.

El adquirente podrá impedir la rescisión del acto pagando un complemento que restablezca el equilibrio entre las prestaciones de las partes; pensamos que la modificación del contrato es el verdadero remedio de la lesión, porque la víctima ha consentido voluntariamente en ser expoliada porque piensa que, en última instancia, va a obtener alguna ventaja, aunque pequeña, de la prestación de la otra parte, que mitigará la penuria o indigencia actuales, sin advertir —con frecuencia— que agrava las perspectivas de su futuro. ¡Es que siempre la necesidad actual es más acuciante que cualquier problema que pueda preverse para el mañana!

Si a la víctima sólo se le ofrece la rescisión del acto muchas veces no la deseará, ni la buscará, porque necesita con urgencia el dinero que le procuró la venta, aunque le espere un porvenir angustioso. Por tal razón hubiese sido mucho más eficaz conceder ambas acciones alternativamente, a elección de la víctima del acto lesivo, que casi con seguridad elegirá la de complemento del precio, que le permitirá mantener la eficacia del acto, restableciendo el equilibrio entre las prestaciones de las partes.

Tiene particular importancia el plazo que se fija para la duración de la acción, en primer lugar porque se establece como plazo de “caducidad”, que no podrá verse alterado en su cómputo por las causas que influyen en los plazos de prescripción, y en segundo lugar porque al establecer solamente cuatro años se ha salvado un grave problema que existía con anterioridad a la Compilación, cuando por no existir ninguna disposición especial que contemplase este caso se recurría a la prescripción treintenaria del Utsage “omnes causae” (212), con la consiguiente inseguridad para los negocios, cuya eficacia podía verse afectada durante un plazo excesivamente largo, perturbando el tráfico jurídico (213).

La acción es transmisible a los herederos, pero éstos sólo podrán hacerla valer si no han transcurrido todavía los cuatro años a partir del momento de celebración del contrato. Algún autor ha pretendido que sería conveniente agregar un párrafo que expresase “o de la muerte del causante” (214), lo que nos parece inadmisibles, porque significa la posibilidad de que la acción renazca muchísimo tiempo después de haberse celebrado el acto, sin que ninguna razón valedera jus-

(212) Conf. GASSIOT MAGRET, José: *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña*, ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 370.

(213) Conf. ROCA SASTRE, Ramón M.: *Los elementos componentes de la codificación*, en *Comentarios a la Compilación...*, pp. 9-32, en especial p. 24.

(214) CAMPS i ARBOIX, J.: trabajo citado en nota 202, p. 12.

tifique la inestabilidad que ello acarrearía, pues si el causante no ha creído conveniente interponerla, y ha permitido que caducase, no hay razón para concederla posteriormente a sus herederos, pues la actitud del d.funto demuestra que él no se creía víctima de la lesión, o —actuando con ánimo liberal— había renunciado tácitamente a pedir la rescisión.

Por lo demás, creemos que esta solución es la única que se concilia con lo dispuesto por la propia compilación, al autorizar en la parte final del artículo 323 la renuncia a la acción, siempre que se efectúe esa renuncia con posterioridad a la celebración del contrato.

La prohibición de efectuar la renuncia en el momento de concluir el acto está plenamente justificada, pues las mismas razones que impelen a la víctima a aceptar el contrato lesivo, lo forzarían a incluir la cláusula de renuncia, con lo que se privaría totalmente de eficacia a la acción rescisoria.

Es interesante señalar que en este punto se ha dejado a salvo las disposiciones especiales que contiene el Libro de las Costumbres de Tortosa, que admite la renuncia contemporánea con la celebración del contrato.

La reducción del plazo de extinción de la acción de treinta a cuatro años plantea un interesante problema de Derecho transitorio, que ha sido estudiado en profundidad por FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, quien llega a la conclusión de que las acciones por lesión nacidas con anterioridad a la Compilación pueden ejercitarse después que ella entró en vigencia por un plazo máximo de cuatro años, a partir de ese momento, siempre que no se hayan cumplido antes los treinta años (215).

En cuanto a los efectos de la acción, están contemplados en el artículo 325, que dispone:

“Art. 325.—Será aplicable a la rescisión lo dispuesto en el artículo 1.295 del Código civil, pero no tendrán que ser restituidos los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial, y deberán ser abonados los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejoras útiles.

El comprador o adquirente demandado podrá evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, con los intereses, a contar de la consumación del contrato.”

Entendemos que la posibilidad que se brinda de modificar el contrato, restableciendo el equilibrio entre las prestaciones, es el remedio más adecuado para los actos lesivos. Esto nos hace pensar que la acción rescisoria, en definitiva, tiene carácter subsidiario, para el caso de que el demandado no quiera pagar la diferencia de precio necesario para que desaparezca la lesión (216).

(215) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco *La compilación y los problemas de derecho transitorio*, en *Comentarios a la Compilación...*, pp. 131-152, en especial pp. 151 y 152.

(216) Conf. ROCA TRÍAS, María Encarnación: trabajo citado, p. 276.

6-b) *Compilación de Navarra de 1973*

Debemos confesar que cuando leímos por primera vez la Compilación de Navarra, nos sorprendió su extensión (217), la variedad de asuntos considerados y la novedad de muchas de las soluciones que allí se incluyen, no sólo por los temas tratados, sino por el modernismo de las fórmulas que se adoptan, como ocurre, por ejemplo, cuando da forma legal al principio general del enriquecimiento sin causa (Ley 508), o habla del cumplimiento de “deberes morales”, al referirse a las obligaciones naturales (Ley 510), o se ocupa de asunción de deudas (Ley 512) y de cesión de contratos (Ley 513).

Pareciera que en este caso el legislador no se ha conformado con la simple tarea de recopilación, sino que ha encarado una audaz y ambiciosa reforma legislativa.

Este espíritu, que parece haber animado la confección del nuevo cuerpo legal, se refleja también en materia de lesión —pero sólo parcialmente— al dar cabida a elementos subjetivos, propios de fórmulas muy modernas, en la Ley 499; pero, en definitiva, el peso de la tradición romana ha prevalecido, y se conserva la vieja fisonomía de la lesión enorme o enormísima, caracterizada por la sola desproporción de las prestaciones, que debe apreciarse de acuerdo a módulos matemáticos.

La similitud de los problemas que se plantean alrededor de las fórmulas objetivas de la lesión, y el hecho de haber estudiado anteriormente la legislación catalana, nos eximirá de efectuar extensos desarrollos, pues aunque en muchos casos las soluciones adoptadas por la legislación navarra se apartan de lo resuelto en Cataluña, ya hemos expresado nuestro parecer sobre esos problemas.

Para darnos el concepto de lesión dispone la:

“Ley 499.—Quien haya sufrido lesión enorme, a causa de un contrato oneroso que hubiere aceptado por apremiante necesidad o inexperiencia, podrá pedir la rescisión del mismo.

Se entenderá por lesión enorme el perjuicio de más de la mitad del valor de la prestación, estimada al tiempo del contrato. Si el perjuicio excediere de dos tercios de aquel valor, la lesión se entenderá enormísima.”

Hemos adelantado que en esta norma se encuentra un elemento subjetivo, que se relaciona con la víctima del acto, cuando habla de que la aceptación se hubiese efectuado “por apremiante necesidad o inexperiencia”. Pensamos que, dentro del sistema navarro, la víctima no tendrá necesidad de probar esa situación de inferioridad, sino que la enorme o enormísima desproporción en las prestaciones crea una presunción “*iuris tantum*” de que existía tal necesidad o inexperien-

cia, y el demandado tendrá a su cargo la prueba de que tal cosa no sucedía, si quiere mantener la eficacia del acto atacado.

En cuanto al ámbito de aplicación de la figura, el legislador navarro ha obrado con mayor amplitud que el compilador catalán, ya que acepta que pueda pedirse la rescisión en cualquier contrato oneroso, con excepción de los aleatorios.

A estas exclusiones se refiere la Ley 503, que comienza mencionando las simples liberalidades (218), lo que quizá era innecesario, porque el acto de liberalidad quedaba tácitamente excluido por la Ley 499, al circunscribir la rescisión a los contratos onerosos.

Nada dice la Compilación navarra de las ventas efectuadas en pública subasta, lo que lleva al profesor GARCÍA CANTERO a sostener que serían rescindibles (219). Créemos, sin embargo, que si se trata de subastas judiciales no sería admisible la acción de rescisión, no sólo porque la venta estaría rodeada de todas las garantías exigidas por la Ley de Enjuiciamientos Civiles, sino también —y en relación con las concretas disposiciones de la Compilación navarra— porque en tales hipótesis estaría ausente el elemento subjetivo que exige la Ley 499 (220).

Es un verdadero acierto de la Compilación navarra el de que cualquiera de las partes del contrato pueda ejercitar la acción, pues hay muchos casos en que la víctima de la lesión puede ser el comprador.

También, y por las razones que expusimos al tratar de la compilación catalana, consideramos un acierto el hacer extensiva la acción a los contratos que tienen por objeto bienes muebles (Ley 501).

Y, siempre en vinculación con los contratos que pueden ser objeto de rescisión, nos parece totalmente correcta la exclusión de carácter subjetivo, con respecto a los comerciantes (Ley 500, último párrafo), e interpretamos que la otra parte podrá interponer la acción, aunque se trate de un acto de comercio.

GARCÍA CANTERO, siguiendo la opinión sustentada por FERNÁNDEZ ASIAÍN, en un trabajo que lamentablemente no hemos podido consultar, afirma que la acción no sólo puede ejercitarse por la víctima y sus herederos (Ley 504), “sino también por los acreedores del perjudicado, a través de la acción subrogatoria” (221).

Al estudiar el Derecho argentino hemos manifestado que esa era la solución deseable, aunque no podía aplicarse, de acuerdo a los

(218) “Ley 503.—No tendrá lugar la rescisión en los contratos de simple liberalidad, aleatorios o sobre objeto litigioso.

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.”

(219) GARCÍA CANTERO, Gabriel: en la actualización de la obra de CASTAN TOBEÑAS, T. III, *Obligaciones*, 11 ed., Reus, Madrid, 1974, p. 602.

(220) Nuestra opinión sobre las ventas en subasta pública está expuesta con más detalle al tratar el Derecho argentino, en el capítulo V, apartado 6-d, de este trabajo.

(221) GARCÍA CANTERO, G.: trabajo citado, p. 600.

términos en que está redactado el artículo 954 de nuestro Código (222); pero los términos empleados por la Ley 504 de la Compilación navarra no son excluyentes de la acción subrogatoria, por lo que aceptamos como correcta, y útil, el ejercicio de dicha acción por parte de los acreedores.

La distinción entre lesión enorme y enormísima sólo tiene repercusión en los plazos de prescripción de la acción, que son de diez años para la primera y treinta años para la segunda (Ley 33).

Creemos que son excesivos y atentan contra la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios. Este, a nuestro entender, es uno de los defectos más serios de la Compilación navarra en materia de lesión, que unido a la posibilidad de renunciar a la acción en el momento mismo de celebrar el contrato (Ley 505), ha de impulsar a que las renunciaciones se conviertan en cláusulas de “estilo” en los contratos, y la acción de rescisión, en la práctica, se torne ilusoria y de muy escasa o nula aplicación.

Es cierto que la propia Ley 505, en su parte final, contempla la posibilidad de impugnar esas renunciaciones, demostrando la “apremiante necesidad o la inexperiencia” de la víctima, y esta quizá sea la única válvula de escape, aunque bastante limitada, por la dificultad de probar estos estados subjetivos de la víctima, que en el resto de los casos deben presumirse, como lo expusimos más arriba.

Los efectos de la rescisión están contemplados en la Ley 506:

a) *Frutos*.—Declarada la rescisión se restituirá la cosa con sus frutos, aplicándose en cuanto a éstos lo establecido en las leyes 353 y 354.

b) *Mejoras*.—No habrá derecho alguno al abono de mejoras, pero el demandado podrá retirarlas cuando puedan separarse sin menoscabo de la cosa a que se hubiesen unido.

c) *Complemento del precio*.—Cuando la restitución no fuese posible porque el demandado no tuviere la cosa en su poder, deberá pagar sólo el complemento del precio, valor o estimación más los intereses legales...”

Finalmente, diremos que la Compilación navarra, al igual que la catalana, deja en manos del lesionante la facultad de enervar la acción de rescisión, ofreciendo una indemnización equitativa (Ley 506, párrafo final), es decir, una acción de modificación.

Resulta innecesario insistir en que la acción de modificación es la más adecuada para combatir la lesión, y que a nuestro entender hubiera sido más conveniente ponerla de manera originaria en manos de la propia víctima.

(222) Ver este trabajo, cap. V, apartado 9-b.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALBALADEJO (Manuel): "Derecho civil". III. "Derecho de bienes". Volumen primero. "Parte general y derecho de propiedad". Librería Bosch. Barcelona, 1974. 399 págs.

Este nuevo libro del profesor Albaladejo contiene como parte general capítulos sobre las siguientes materias: Derecho real, en general; la posesión; constitución, extinción y publicidad de los derechos reales. La parte especial sobre el Derecho de propiedad trata además del Derecho de propiedad en general, de las particularidades de la propiedad de casas por pisos, de la copropiedad "pro diviso" y comunidad de pastos; se ocupa, por fin, de "ias llamadas propiedades especiales", es decir, de la propiedad de las aguas, la propiedad de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, la propiedad intelectual y la propiedad industrial. Sobre estas propiedades especiales nos dice que estudia lo que de civil hay en cada una de ellas; no sin advertir —añade— que también se podría calificar de propiedades especiales otra serie de derechos que, sin embargo, el Código y la doctrina civil dejan para el Derecho administrativo.

La obra reseñada, a lo que parece destinada a la enseñanza, tiene a tal efecto el mérito de la concisión y el no menor de una exposición clara y diáfana. Con tal finalidad se evita el exceso de citas y se expone la propia opinión sin detenerse en general a discutir las ajenas.

Como en tantos otros trabajos de este maestro, a pesar de la extensión limitada del libro, se destaca la originalidad de muchos de sus puntos de vista y de sus observaciones, discutibles a veces, pero siempre agudas.

R.

GAZZONI, Francesco: "L'attribuzione patrimoniale mediante conferma". Giuffrè. Milán, 1974. 328 págs.

Se enfrenta el autor con uno de los temas más discutidos en la doctrina jurídica de su país desde que, al promulgarse el Código civil de 1865 — hoy derogado —, los juristas italianos fueron sorprendidos por el artículo 1.311 de ese Cuerpo legal; este precepto tenía su historia y seguramente su antecedente inmediato fue el artículo 1.340 del Código de Napoleón; el legislador italiano establecía una especie de "sanatoria excepcional" de donaciones y disposiciones testamentarias nulas realizada por herederos o causahabientes

del donante o testador, siendo novedosa la referencia a la disposición testamentaria, pues el Código francés sólo aludía —y alude— a la donación.

Brillante fue el ingenio de los juristas italianos a la hora de explicar cómo un acto jurídico nulo podía producir efectos y ser, al menos en un cierto sentido, convalidado: piénsese que es época de jurisprudencia de conceptos y que la insanabilidad es elemento integrante del concepto de "Nichtigkeit" elaborado por la Pandectística. Quizá fuesen Rocco y Finzi los que, a mi juicio, ofrecieron soluciones más apreciables. El Código de 1942 repite la norma citada, pero escindiéndola en dos preceptos diferentes y de formulación más técnica: los artículos 590 —sanatoria de disposiciones testamentarias nulas— y 799 —sanatoria de donaciones nulas—, preceptos que han continuado ocupando —y casi turbando— a la doctrina, produciéndose aportaciones importantes como, por ejemplo, las de De Simone, Pasetti o Giacobbe, en las que, manteniendo intacto el principio de la ineficacia definitiva del negocio nulo, se buscaba una explicación satisfactoria de lo establecido en esos artículos del Código.

Gazzoni toma el relevo en esta tarea y creemos que lo hace con originalidad; para él, la donación o la disposición testamentaria nula es, como cualquier negocio nulo, absolutamente irrelevante; es sólo un "quid facti", careciendo totalmente de existencia jurídica; las disposiciones testamentarias y las donaciones nulas (*ex arts. 590 y 799 C. c. it.*) carecen de efectos y no son sanables; pero, unidas al comportamiento del "de cuius" considerado en su conjunto, son prueba presuntiva de la existencia de una voluntad atributiva del citado "de cuius" (presunción "iuris tantum") (págs. 48, 51-60 y 65), voluntad que constituye la justificación causal de la atribución patrimonial operada con la "conferma" (págs. 70 y 121). Adviértase —y esto representa una novedad— que la voluntad del testador o donante ya fallecido no es exactamente fundamento o "ratio" de las normas en cuestión, sino parte de los supuestos de hecho que las componen, hasta el punto de que los actos nulos a los que se refieren sólo son tomados en consideración en cuanto factores indicadores —imprescindibles, desde luego— de tal voluntad, convertida en elemento integrador de la "fattispecie".

El acto "sanatorio" realizado por el legitimado necesita, pues, el sostén previo de la voluntad del testador o donante manifestada en declaración nula; la "conferma", según Gazzoni, tiene su propia causa ("causa firmandi"), "cualificada e individualizada por el "animus" de actuar la voluntad del "de cuius", siendo diferente de la "causa donandi" y de la "causa solvendi" (página 214). Según el autor, cuando se habla de "falta de causa" a propósito de la figura en examen, no debemos entender la expresión en el sentido de falta de causa del negocio, sino en el de ausencia de "fundamento jurídico de la atribución patrimonial", que es precisamente el presupuesto de la acción de repetición (pág. 230).

Precisando más, la "conferma" a la que aluden los artículos 590 y 799 del Código civil italiano vigente es, según el profesor Gazzoni, un negocio unilateral atributivo con posible eficacia real (pág. 150); a diferencia de lo afirmado generalmente hasta el momento, los bienes objeto de la donación o de la disposición testamentaria inválida no pasan directamente del donante o testador al beneficiario del acto nulo, siendo eliminado "ex tunc" el período de titu-

laridad del “confermante” autor de la “sanatoria”, que sólo interviene —de modo “abdicativo”— para que se opere la transmisión de “de cuius” a beneficiario; por el contrario, en opinión de Gazzoni, debemos distinguir, para entender el fenómeno en estudio, dos actos: uno, “mortis causa”, entre “de cuius” y autor de la “sanatoria” y otro, “inter vivos”, entre éste y el beneficiario (págs. 93 y 94); la “conferma” no es retroactiva (págs. 155-157) y el único legitimado para llevarla a cabo es el heredero, tanto en el caso de donación nula (excepción en este supuesto para los causahabientes, citados en el artículo 799) como en el de disposición testamentaria nula: en este último supuesto—debatidísimo entre los autores— el autor de la “conferma” no deja de ser heredero por ella, ni —como se ha afirmado tantas veces— convierte en heredero al designado como tal en el testamento nulo; el autor de la “conferma” es heredero hasta el punto de que responde, según el profesor italiano, de las deudas hereditarias y de los legados; en otras palabras: para Gazzoni, quien opera la “sanatoria” no sólo es heredero antes y después de ella, sino que tiene que serlo (págs. 193 ss. y 319). No se puede, en definitiva, sostener que en caso de disposición testamentaria nula que contenga institución de heredero pueda “confermare” el mero llamaço “ab intestato” o por otro testamento válido. Creemos, modestamente, que ésta es la parte más débil de la construcción de Gazzoni, pues la palabra “chi” (“quien”) usada por el legislador de 1942 en el artículo 590, eludiendo casi manifiestamente el término “erede” (“heredero”) que, por el contrario, usa en el artículo 799, parece orientarnos por el camino opuesto, que es el defendido por muchos autores. Teniendo en cuenta su concepción de la figura, el autor no tiene más solución que la que adopta: otra no sería coherente.

El acto de “conferma” es recepticio, pero unilateral: una vez llegado a conocimiento del destinatario, se entiende perfecto, se crea una “situazione sostantiva” (pág. 184); según el autor, el destinatario del citado acto puede impedir que su patrimonio sea afectado por éste a través de un “rifiuto eliminativo” (pág. 184), invocando para ello el artículo 1.333 C. c.—que se refiere al contrato con obligaciones sólo para el autor de la oferta—, que considera aplicable a la figura en estudio, pues el artículo 1.333 regula más bien un esquema general negocial que una hipótesis estrictamente contractual (pág. 187).

Gazzoni distingue con énfasis la “conferma” de otras figuras afines, principalmente de la renuncia a la acción de nulidad (págs. 87 ss.) y de la “convalida” (confirmación del contrato anulable ex art. 1.444) advirtiendo que jamás cabe confirmación de negocio nulo y que los artículos 590 y 799 tantas veces citados no guardan relación alguna con el inciso final del artículo 1.423 C. c., “norma quadro” (pág. 78), que no vincula al intérprete (pág. 79). La ruptura con la tesis de Giacobbe es evidente. Las normas que regulan la “convalida” no son, según el autor, aplicables a la “conferma”: interesante aplicación de ello hace Gazzoni en sede de ejecución voluntaria (págs. 296 y siguientes).

Para la “conferma” se precisa una voluntad actual, definitiva, real y lícita del “de cuius” (pág. 263); no son susceptibles, por tanto, de ella, los testamentos falsos (pág. 264), los revocados (pág. 267) o los hechos “iocandi” o “docendi causa”, por violencia física o por error obstativo (págs. 265 y 266);

en caso de inexistencia o vicio de la voluntad del "de cuius" la "conferma" no es posible (pág. 278); cuando la voluntad del causante sea ilícita, la "conferma" puede serlo o no, según la ilicitud sea absoluta (lo ilícito es el intento en sí del "de cuius") o relativa (lo ilícito es el medio en sí utilizado por el "de cuius": testamento o donación) (págs. 280-282).

Interesantes las observaciones del autor sobre el objeto de la "conferma" (págs. 232 ss.), sobre el requisito de la patrimonialidad—necesario para que se dé la atribución patrimonial— (pág. 252), sobre la "conferma" parcial (páginas 303 ss.), sobre la no aplicabilidad de los artículos 590 y 799 a las disposiciones testamentarias y a las donaciones anulables (págs. 313 ss.) y, sobre todo, sobre la forma y la transcripción del negocio en cuestión (págs. 283 ss.).

En definitiva, la obra de Gazzoni constituye una aportación original sobre el tema. Más que sus tesis, nos gusta el modo de llegar a ellas. Su construcción de la figura nos parece artificiosa y de admisibilidad muy discutible, pero debemos admirar la coherencia interna de la monografía y la precisión con que afronta determinados temas, el de la causa, por ejemplo. Es libro de útil consulta para el estudioso del Derecho español, pues la llamada "sanción excepcional de disposiciones testamentarias nulas" ha sido admitida por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SS. de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908 y 15 de marzo de 1951), siendo asunto poco atendido por nuestros autores, con la excepción del profesor Gullón: recuérdese su interesante trabajo sobre la confirmación en el que previamente trata del tema de que hemos hablado (ADC, 1960, págs. 1195 ss.).

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

HERNANDEZ GIL, Antonio: "El Abogado y el razonamiento jurídico". Edición autor. Madrid, 1975. 248 págs.

Elegancia, rigor, precisión, exactitud, como resultado de una rica experiencia profesional y un alto nivel intelectual, podrían ser las características que, en muy apretada síntesis, definen un libro cuya tesis, creo, es demostrar la ausencia de contraposición entre pensamiento y acción, que no sólo no se oponen, sino que se complementan, siendo la profesión del Abogado un fiel exponente de ello.

Hernández Gil, no puede ser presentado, menos aún por mí, a quien haría falta la previa presentación. Es suficientemente conocido, si bien el libro que comento creo que puede ser un paso importante para la ciencia jurídica española, pues—en expresión personal—lo estimo como la puerta que el autor decide, por fin, abrir, para comunicarnos a los demás parte de sus conocimientos. En alguna ocasión le decía a don Antonio lo lamentable que era para el Derecho español—y también para el extranjero—que su dedicación le hubiese dificultado aumentar su caudal de publicaciones; naturalmente, no se trata de convertir a un Shakespeare en un Lope de Vega, pero el constante aliento renovador que reserva el pensamiento del autor creo que nos autoriza a reclamarle que lo ponga en **aprovechamiento comunal**. El De-

recho español—los españoles—nos hemos dormido en el formalismo, hemos proclamado auto de fe con el dogmatismo y, naturalmente, el mundo, el intelectual y jurídico, claro es, se nos ha escapado, habiéndonos quedado en una retaguardia peligrosa. Hernández Gil puede ser el motor que nos sitúe en avanzada.

Un esfuerzo en este camino es el libro objeto de estas líneas.

La obra está dividida en diez capítulos, dedicado cada uno de ellos a concreta actividad del Abogado.

El primer capítulo, que tiene función introductoria, plantea la alternativa: el hombre de letras y el de acción ¿son incompatibles? El Abogado se ofrece una respuesta negativa, por estar “inserto en el campo de la palabra (oral y escrita) y el de la acción”, derivada de la propia dialéctica de la profesión, dialécticamente entendida, lógicamente, pues, no cabe otro sentido, como un “toma y daca”, como actividad altruista, como convivencia.

Los restantes capítulos sirven de fundamento a la tesis del autor, quien accediendo al método científico lo más próximo que al mismo cabe en Derecho—, intenta demostrar su criterio.

El capítulo segundo plantea, y resuelve en buena medida, la importancia del lenguaje dentro de la profesión (faceta intelectual del abogado, previa a la acción). “El derecho es función de la lengua. Esta no se limita a expresarle o exteriorizarle. Aparece alojado en la lengua, fundido e identificado”, pero no se esconde aquí un formalismo vacío, porque el Derecho, sirviéndose del lenguaje (forma impuesta imperativamente por la plástica de la idea, como diría Ihering), implica la creación de la norma. El lenguaje es testimonio del Derecho, sin el cual éste no puede advenir al mundo, aunque Derecho y lenguaje no deben ser identificados. De ahí, precisamente, la importancia del **bien decir** profesional.

Este bien decir del Abogado—y ésta es la materia correspondiente a los capítulos siguientes—, discurre por diversas vías: el informe, el discurso, el razonamiento y el dictamen.

El Informe, como parte de la oratoria alejado de la retórica—la cual debe rechazarse en sus excesos, puestos de relieve por el impacto que provoca en ella el transcurso del tiempo, en lapsos breves—, revive por ello importancia actual. Frente al vicio de hablar sin decir nada (realidad innegable, en Derecho, hasta hace muy poco tiempo, y subsistente aún en muchos sitios), el Informe que dice revela su importancia, incluso en una práctica judicial que tiende, cada día más, a servirse de la vertiente escrita con detrimento de la oratoria, el Informe oral sirve de broche de oro: el Abogado le obliga a una síntesis beneficiosa para él mismo, al reclamarle la correspondiente esencialidad; a quienes, en apariencia de pasividad, va destinado, les facilita captar la esencia del problema cuya solución, en justicia, se solicita. Esta finalidad de variado matiz exige, no obstante, un mínimo de condiciones en el Informe, destacando entre todas la claridad, que “no es la blancura de la pared; es el poder de penetración de la luz”, porque lo confuso no puede ser dicho; claridad que el autor, en párrafo breve y condudente, vincula con la moral profesional, porque, ¿cómo se puede ser claro actuando contra el propio convencimiento?, cuando, para decir con claridad, es menester ver claro, en exacta correlación. La casación es, quizá, el mejor ejemplo de cla-

ridad consigo mismo y con los demás, en función de los inconvenientes, dificultades y limitaciones de que, en nuestra legislación rituaria (jurisprudencia por en medio), se rodea.

La claridad, por ser el informe oral, se robustece con el gesto, también correspondido con el silencio de quien escucha (que, casi siempre, no se limita a oír, sino que participa). Y esa misma claridad exige nuevos requisitos junto al gesto: la concisión (que es claridad a la que se llega por la experiencia, normalmente) y la síntesis. La concisión es resultado de la abstracción, pero de una abstracción dificultada por el peso de los hechos, cuyo producto deviene, precisamente por esa dificultad, en "la ley de la economía del discurso". La síntesis se ofrece como el arte de conjuntar la disparidad de elementos, hechos y factores que el Abogado conoce para informar el caso, viniendo a ser el "acabamiento o meta frente a la idea de limitación ilimitada inherente al análisis".

Asimismo, necesita el informe de rigor (que en nada debe estimarse restrictivo) y de razonamiento, como esfuerzo que aspira a la razón, sin identificarse con ella.

El discurso del Abogado es razonamiento jurídico, no empece las dificultades que se presentan para matizar tal concepto (la dogmática, el positivismo, etcétera., han venido predicando un concepto no siempre similar del razonamiento jurídico), y el razonamiento es lógica, aunque no sea solamente lógica, pues el formalismo y el normativismo lógicos se entremezclan con elementos psicológicos, técnicos, culturales, todos los cuales forman parte, más o menos extensamente, con mayor o menor conciencia por parte del agente, del razonamiento del Abogado.

Pero el discurso del Abogado es también algo más. Cita Hernández Gil la actividad interpretativa, como la aproximación, y no una aproximación cualquiera, al sentido de las normas; el Abogado usa de las opiniones de los autores y se siente más vinculado con la jurisprudencia (al menos, no puede dejarla a un lado), e incluso, como es elemental, lleva a cabo una estimación ética social del caso que se presenta objeto fundamental del discurso, a pesar de que dicha valoración puede verse afectada por múltiples factores ajenos (ideologías, módulos de conducta, etc., etc.), resulta consustancial a la función del Abogado. Queda, pues, muy lejos el autor de aquellas direcciones sociológicas para las que el Abogado debe defender todo (que, me temo, encierran una simple indiferencia profesional, por regla general, muy lucrativa).

El dictamen se ofrece para el autor como el instrumento donde mejor se aprecia, por la libertad inherente al modo de efectuarse, la personalidad y el estilo del abogado. En el dictamen, quien, casi, juzga es el Abogado; y, aunque debe pensar en la contención, no se da la urgencia, la confrontación inmediata permite mayor reposo. Recoge al respecto Hernández Gil, en breves notas, el esfuerzo de diversos juristas, reflejado en sus dictámenes (Maura, Pérez Serrano, etc.).

El capítulo décimo, y último, lo dedica el autor a reinsistir, traer nuevamente a la memoria su pensamiento acerca del Abogado, como síntesis del intelectual y del hombre de acción. Apuntando rápidamente los diversos matices que **especializan** actualmente al Abogado, plantea con más tranquilidad la situación del Abogado, y, en general, del hombre vinculado con el Derecho,

dentro de la sociedad, preocupándose por la perspectiva de futuro para la profesión, entendiendo Hernández Gil que, si bien el tipo profesional puede desaparecer, la función está llamada a un gran futuro, reconociendo la dificultad de poder precisar las transformaciones que hayan de producirse.

Yo espero que Hernández Gil me disculpe por haber estropeado su libro con esta recensión; primeramente, porque la pretendida síntesis del texto no la he pautado como en el libro se aconseja; en segundo lugar, porque precisamente aquellas páginas más sustanciosas del libro están omitidas aquí. La omisión ha sido conscientemente realizada: el libro es una constante invitación a la reflexión sobre múltiples aspectos y problemas de trascendencia actual, y creo mucho más honesto que el lector tome directo contacto con la obra en esa parte y llegue a sus propias conclusiones.

Para terminar, muy pocas palabras más. El libro se lee con rapidez; pero es mucho mejor leerlo despacio y con tranquilidad, pues, aparte de que se disfruta más y mejor, es entonces que se puede captar otra constante invitación del autor (no creo atribuírsela yo, como expresión del propio deseo), esta vez, a la tolerancia, a la observación objetiva, a eso que tanto decimos y escribimos, pero que no **usamos**, al cambio; en suma, a vivir la vida, viviéndola y dejándola vivir.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

IUDICA, Giovanni, "Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati". Cedam, Padua, 1973. 229 págs.

Leyendo atentamente este libro de Iudica advertimos la utilidad que puede prestar al estudioso del Derecho español el contacto con la doctrina jurídica extranjera: decimos esto no sólo porque casi todas las afirmaciones del autor —generalmente impecables en el marco del Ordenamiento italiano— son aplicables en Derecho español, sino también porque la obra es metodológicamente encomiable; el autor afirma en la Introducción que la labor del jurista debe consistir primordialmente en la solución de problemas concretos y no limitarse a la mera exégesis de las normas. Consecuente con esta opinión, el autor acude, a lo largo de su exposición, a las normas para hallar vías de solución a los problemas importantes y nada ficticios que plantea, en lugar de partir de las normas para explicarlas.

Se trata en la monografía en cuestión el tema de la impugnación de los negocios cuando hay más de un legitimado a ella; cree acertadamente el autor que este tema se reconduce al problema, mucho más general, de la cotitularidad de los llamados "derechos potestativos", pero estudia sólo la cotitularidad de las acciones de impugnación, porque la gran variedad de subfiguras que abarca la categoría de los derechos potestativos impide un tratamiento general de la cotitularidad de éstos.

En el capítulo 1.º contempla Iudica el supuesto de que sea un "grupo organizado" el legitimado para impugnar —en caso de anulabilidad, rescindibilidad, resolubilidad, etc.— un determinado contrato. Según el autor, en tales hipótesis no puede ejercitar el derecho de impugnación cada miembro del grupo

“iure proprio”, “uti singulus”, sino que debe decidir el grupo como tal, coe-giadamente, si impugna o no el contrato de que se trate. La razón de ello es que cuando una persona se adscribe a una determinada entidad colectivamente organizada se obliga a someter sus intereses a los de ésta y a acatar las decisiones de la mayoría (simple o cualificada). Esto es aplicable a los entes con personalidad (sociedades por acciones, por ejemplo) (pág. 39), a las sociedades que no la tienen (sociedades llamadas “de personas”) (págs. 41 y 49) y a los entes sin personalidad jurídica y sin finalidad lucrativa (comunidades de goce) (págs. 52, 53, 62 ss.). El socio o comunero puede proponer la impugnación del contrato celebrado por la sociedad o la comunidad en las relaciones internas del ente, no frente a la otra parte del negocio.

El capítulo 2.º va destinado al estudio de los problemas que plantea la titularidad del derecho de impugnación por parte de un grupo organizado en caso de nulidad. Desecha Iudica la vigencia, en el Derecho italiano vigente, del principio “paria sunt non esse ac esse nullum” (págs. 67 y 68); alude a la total crisis de las tradicionales clasificaciones pandectísticas de la ineficacia del negocio jurídico (págs. 69 ss.), hasta el punto de que, en su opinión, debemos hablar, más que de “nulidad”, de “nulidades” (pág. 91); la nulidad tratada en los artículos 1.418 y siguientes del Código civil italiano no es una invalidez “de pleno derecho”, equiparable a la inexistencia e invocable por cualquiera, sino un poder de modificación de la relación creada por el contrato, reservado a un círculo estrecho de legitimados, entre los que no se encuentra el Ministerio Público. Para Iudica, cuando el artículo 1.421 establece que puede hacer valer la nulidad cualquiera que tenga interés en ella, sólo se refiere a las partes y a los terceros que se hallen “en una situación jurídica en conflicto o incompatible con los efectos del contrato” (págs. 120 y 121); es decir, la fórmula legal “chiunque vi ha interesse” debe ser entendida muy restrictivamente; además, la declarabilidad de la nulidad de oficio por el Juez que el mismo artículo 1.421 establece no es comparable con el poder, concedido en otros casos al Ministerio Público, de perseguir actos ilegales (págs. 104 y 105). El interés que legitima para solicitar la nulidad es especialmente “cualificado”, aproximándose la figura a la anulabilidad. No debe, pues, extrañarnos que Iudica afirme que cada uno de los miembros de un grupo organizado (sociedad, comunidad, etc.) no está legitimado “iure proprio” a pedir la nulidad de un contrato celebrado por el grupo (pág. 124); sólo el grupo como tal puede pedir la declaración de nulidad, siendo inadmisibles que el socio impugne “uti singulus” incluso en el supuesto de sociedades con responsabilidad personal ilimitada de cada socio (sociedades colectivas), pues dicho socio, por el hecho de serlo, asume el riesgo correspondiente y acepta la vinculación a la voluntad social (págs. 125-127).

El capítulo 3.º puede ser considerado como el núcleo del estudio. Se afronta en él la cuestión de la coexistencia, en una misma “parte contractual”, de varios legitimados para impugnar el contrato (“parte complessa”). Desechando una serie de fórmulas explicativas de la parte compleja y la conveniencia de utilizar determinados expedientes—establecidos por el Código para casos muy específicos—con objeto de estructurar un régimen jurídico apto para la parte compleja, el autor afirma que el medio más adecuado para tutelar los intereses de todos los participantes en el contrato, es decir, los de los com-

ponentes de esa parte y los del legitimado pasivo, es el que suministran los artículos 1.419, 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466 C. c. (pág. 186), esto es, el de la invalidez parcial: cada uno de los miembros que integran la llamada "parte compleja" puede impugnar su "cuota", su "porción" de contrato; los otros legitimados, si desean que, con respecto a ellos, permanezca la eficacia del contrato, no deben ser afectados por el ejercicio de dicha impugnación; pero si la porción de contrato que queda eficaz no hubiera sido querida por sí sola por la otra parte, la impugnación de uno de los legitimados extinguiría la eficacia del contrato con respecto a todos los participantes: el conflicto de intereses entre los copartícipes del impugnante y el legitimado pasivo se resolvería, en virtud de los artículos 1.419, 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466, a favor de éste (págs. 186 ss.). El Juez deberá, atendiendo a los criterios objetivos de la confianza y de la buena fe, decidir si la porción impugnada es "esencial", es decir, si una impugnación "pro cuota" alteraría sustancialmente el "programa" querido por todos los contratantes.

El 4.º capítulo se refiere a la hipótesis—muy frecuente—de que la cotitularidad del derecho a impugnar un contrato sea debida a la muerte de un único legitimado a la acción impugnatoria que deje varios herederos. Cree Iudica que, mientras subsiste la comunidad hereditaria, es ésta, como cuerpo colegiado, el único legitimado para impugnar. Verificada la partición, la acción corresponderá al heredero que, en virtud del acto particional, reciba el bien que entró en el patrimonio del "de cuius" como consecuencia del negocio irregular. En el caso de que no exista en la herencia ningún bien especialmente relacionado con la impugnación, si nada se pactó en la división del caudal hereditario, sigue vigente el régimen de comunidad anterior para el tantas veces citado derecho potestativo; pero se podrá pactar en la partición que el poder de impugnación pertenezca por entero a uno de los herederos o a todos en conjunto, correspondiendo en este último supuesto a cada uno de ellos una cuota según el mecanismo descrito en el precedente capítulo.

La obra del profesor italiano nos parece excelente en el terreno metodológico y en el contenido; huye de las corrientes neopositivistas, normativistas y conceptualistas —frecuentes aún, desgraciadamente, en la espléndida doctrina científica de su país— para orientar su proa hacia una jurisprudencia práctica y realista: su utilización de la norma positiva es hábil y netamente instrumental y sistemática, observando siempre los intereses en juego. No compartimos algunas de sus opiniones, como, por ejemplo, la que se refiere al cometido de la confirmación ("convalida") del negocio anulable (pág. 33, en nota) y la que se refiere al artículo 1.322 C. c., como base para demostrar que, al no ser posible en el Ordenamiento italiano la contraposición entre interés público e interés privado, tal distinción no puede servir de criterio distintivo entre nulidad y anulabilidad (pág. 103), como si un interés preferentemente privado hubiera de ser necesariamente contrario a intereses públicos. Estos conceptos, desde los tiempos de Japiot, están muy clarificados y no tienen que ser antagónicos.

No obstante, creemos que la inmensa mayoría de las afirmaciones de Iudica son aceptables y, además, muy útiles y originales. El autor aporta efectivamente ideas y soluciones, lo cual es especialmente importante. Pensa-

mos que, dejando aparte el capítulo en que se trata de la nulidad—muy apoyado en las normas del C. c. de 1942—, lo afirmado por el profesor Iudica es admisible en Derecho español: recuérdese que la invalidez parcial no es fenómeno extraño en nuestro Ordenamiento, así como tampoco es extraño a éste el principio de conservación del negocio, pilares básicos de la construcción de la obra.

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA:
“Legislación Notarial”. Apéndice. Madrid, 1974. 255 págs.

Como apéndice a la anterior obra “Legislación Notarial”, se ha decidido por la Junta de Decanos publicar el detallado índice de materias que sobre las citadas obras ha preparado don Juan Segovia Otero. Se aprovecha esta publicación para poner al día la “Legislación Notarial”. A tal efecto se insertan en primer lugar el Decreto de 19 de octubre de 1973, sobre el Estatuto de la Mutualidad Notarial, y las Ordenes de 31 de enero y de 5 de abril de 1973; como anexo se publican el Decreto de 20 de julio de 1974, modificando ciertos artículos del Reglamento de Organización y Régimen de Trabajo de los Empleados de Notarías, y las Ordenes de 11 y 21 de julio de 1974.

R.

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: “Inversiones extranjeras en España”,
Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

El autor de esta importante obra, doctor en Derecho, notario de Madrid y vinculado desde hace tiempo a las tareas docentes en la Universidad, lo es también, entre otras, de un libro ya clásico, pese a su relativa juventud: “La contratación en España por extranjeros”, cuya cuarta edición es el mejor y más claro índice de su utilidad y valor. Interesa destacar este hecho, porque la obra que aquí y ahora vamos a comentar es, en cierto modo, un desarrollo monográfico de una parte de aquella, la que se refiere a los “problemas específicos de la contratación por extranjeros”.

El tema del extranjero, de la contratación y transmisión de tecnología y, en general, la problemática de las inversiones extranjeras, es cada día más tema fundamental de nuestro tiempo. La facilidad de comunicaciones ha producido el milagro de que lo que antes se predicaba del comercio o del comerciante, sea aplicable también ahora a muchas empresas y empresarios, a muchos “ciudadanos del mundo”. Y el estudio de esta problemática específica, de este tipo de inversiones, se hacía necesaria desde la importante normativa aprobada en 1974 sobre “inver-

siones extranjeras en España", la cual demandaba un tratamiento o estudio monográfico que el autor lleva a cabo con precisión y competencia en este libro.

El doctor LUCAS FERNÁNDEZ divide su estudio en ocho capítulos que rotula así: noción de la inversión extranjera y sus clases; inversiones en sociedades; actividad empresarial de no residentes y cuentas en participación; régimen especial de adquisición de inmuebles, préstamos y régimen de transferibilidad al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros. Sigue a estas partes un Apéndice, donde se incluyen las recientes normas sobre inversiones extranjeras que han servido de base fundamental a los comentarios de esta obra. Se recoge igualmente la relación de bienes de equipo incluidos en la Lista Apéndice del Arancel General de Aduanas, actualizadas al día 30 de enero de 1975, insertándose previamente el Decreto número 2.790, de 20 de septiembre de 1965, que crea y regula dicha Lista Apéndice, y también, finalmente, se insertan una serie de importantes Resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores.

A la parte central de la obra, a la que más extensión y atención dedica en su estudio el autor, es decir, a las "inversiones en sociedades" (Cap. III), precede, porque procede examinar antes, la noción de inversión extranjera, así como la cuestión básica para este trabajo: la de precisar el concepto de "extranjero" y la situación jurídica en que se pueden encontrar determinadas personas cuya asimilación a la condición de extranjero puede ser más o menos dudosa. Destacando el autor que la noción de extranjero es válida no sólo para las personas físicas o humanas, sino también para las personas jurídicas o colectivas. Las personas jurídicas pueden tener nacionalidad. Y esto supuesto, las personas jurídicas que no ostenten la nacionalidad española tendrán la condición de extranjeras.

Interesa también señalar, en este breve comentario, las certeras precisiones que el profesor LUCAS FERNÁNDEZ realiza al legislador al tratar de las "inversiones extranjeras". Aunque el artículo 1.º, párrafo 1, de la Ley de Inversiones Extranjeras considera como inversiones extranjeras las llevadas a cabo en España por los españoles residentes en el extranjero, equiparándolos, en consecuencia, a los extranjeros, no debe entenderse, entiende el autor, en términos absolutos la expresión de la norma legal. La consideración de inversión extranjera debe ser, para los españoles no residentes, tan sólo a efectos monetarios. Salvando este aspecto monetario, no debe haber inconveniente en que adquieran bienes inmuebles de cualquier clase, constituyan sociedades o adquieran acciones o participaciones sociales sin sujeción a límite.

Las anteriores opiniones del doctor LUCAS FERNÁNDEZ, se ven confirmadas en cuanto a bienes inmuebles por la regulación que hace la Ley de Inversiones Extranjeras en sus artículos 16 a 21, inclusive, en donde sólo se incluye a los españoles residentes en el extranjero en el artículo 16, en que se prevé exclusivamente el aspecto monetario relativo al pago del precio.

Como ya hemos adelantado, parte central y muy práctica del libro que nos ocupa la constituye el estudio de las "inversiones en sociedades", donde se recogen los porcentajes de participación extranjera en sociedades españolas; el régimen de autorizaciones para las inversiones directas extranjeras en sociedades españolas y para las inversiones extranjeras de cartera en las mismas; estudiándose a continuación las obligaciones derivadas de la suscripción o de la adquisición de títulos mobiliarios de renta fija o variable de empresas o sociedades españolas. En este importante capítulo se termina examinando las consecuencias de las infracciones de normas sobre inversiones en sociedades españolas y la administración de sociedades españolas por extranjeros, según sus diversas clases (sociedades relacionadas con la defensa nacional, información pública, sociedades cinematográficas, de hidrocarburos, etc., etc.).

Como se ve por el propio enunciado, se trata de cuestiones todas ellas de máximo interés y de evidente actualidad. Destacando entre esta "palpitante actualidad" el tema con que el autor cierra su libro: los "contratos de transferencia de tecnología". Un interesante comentario al Decreto de 21 de septiembre de 1973 que los regula, y concretamente al artículo 6.º que en esta obra se expone, puede hallarse en su citado libro "La contratación en España por extranjeros", Madrid, 1974, págs. 773 y siguientes.

Deseamos y auguramos a esta obra un gran éxito, entre otras razones objetivas, por la variedad de destinatarios e interesados que sin duda va a encontrar; y como juristas y estudiosos del Derecho agradecemos al autor su meritorio esfuerzo al facilitarnos el compendio y comentario completo y autorizado sobre una materia de la que nos atrevemos a pronosticar que será en un devenir, no muy lejano, parte o asignatura independiente en los planes de estudio de las Facultades de Derecho.

FRANCISCO RICO PÉREZ

*Profesor adjunto numerario de Derecho civil
en la Universidad Complutense de Madrid*

MARIN PEREZ (Pascual): "Introducción a la ciencia del Derecho". 3.ª edición del "Manual de introducción a la ciencia del Derecho" totalmente revisada y puesta al día con la colaboración de María Luisa Marín Castán. Editorial Tecnos, Madrid, 1974. 414 págs.

Por tratarse de una obra bien conocida, que ahora alcanza felizmente su tercera edición, parece que huelga dar cuenta de su contenido y características, y que bastará señalar el hecho de su nueva publicación. Ello no obstante, parece necesario destacar una importante novedad de esta edición; ella resulta de la colaboración prestada por María Luisa Marín Castán. Sobre su alcance y significado nos informa el mismo profesor Pascual Marín, quien en "Nota a esta tercera edición" nos dice que dicha colaboración "ha mejorado notablemente la edición anterior no solamente confrontando conceptos.

modificados en ésta, sino aportando nuevas directrices sobre sociología jurídica, estructuralismo, cibernética e informática, así como una jurídica comparativa nueva".

R.

"Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles". Dirigida por Horacio Santiago Otero. Revista de Occidente. Madrid, 1974. Valumen primero, 667 págs.; volumen segundo, 605 págs.

Los dos volúmenes de que consta esta obra son una manifestación que podrían calificarse de multitudinaria si no fuera por la distinguida condición de sus colaboradores, manifestación de cariño y estima por la personalidad polifacética de Juan Becerril, presidente de la sala 4.^a del Tribunal Supremo, y polígrafo versátil. Se mencionan como colaboradores, si no he contado mal, ciento cincuenta y una personalidades y se publican sesenta y dos trabajos.

En nota preliminar se nos dice que en el primer volumen se agrupan las colaboraciones de carácter jurídico, reservándose los restantes, de carácter vario, para el segundo. Advertencia no del todo exacta, porque en el tomo primero se insertan trabajos sobre temas no jurídicos, y en el segundo se encuentra alguno de cierto carácter jurídico.

El primer volumen se abre con la "Presentación", en la que se ofrece una biografía del homenajeado; ella es seguida de cinco trabajos sobre su figura de "jurista e intelectual", "conferenciante", "poeta", "deportista" y "amigo". Después se encuentran los estudios propiamente jurídicos. Son de índole muy variada. Los hay de Derecho administrativo (como los de Cordero Torres, Chacón Secos, García de Enterría, González Pérez), teoría general del Derecho (como los de Alvarez Turienzo, Fernández Cuesta, Garrigues Díez Cañabate, Hernández Gil, Iglesias Santos, Marín Pérez, Pérez de Ayala, Recasens Siches, Vallet de Goytisolo), Derecho eclesiástico (como los de Fuenmayor Champín, Ronco Valera), procedimiento (como los de Rodríguez Soler, Taboada Roca, del Valle Iturriaga) y de Derecho penal (como el Del Rosal Rodríguez). En el segundo volumen tienen interés para el jurista los sobre Derecho eclesiástico (los de Agmans, Brandmüller, Corecco), Derecho del trabajo (Cifuentes Gonzalez) y uno sobre Derechos humanos (Javier Martín Artajo).

R.

PERSONA Y DERECHO: "Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas". Volumen I. "El matrimonio, ¿tópico social o institución permanente?" Facultad de Derecho. Universidad de Navarra, 1974. 644 págs.

Una nueva revista ha aparecido. No se trata sólo de una revista más; es una revista realmente nueva, de concepción y finalidad otra que la de las revistas jurídicas existentes. No se nos dice cuales sean sus propósitos y ob-

jetivos. Ha debido parecer a su dirección que el título y subtítulo de la revista, los autores y tono de los trabajos publicados, como la entidad que patrocina la revista, hacían inútil cualquier aclaración al respecto. Tampoco se menciona su periodicidad; mas teniendo en cuenta el precio de la suscripción y el de cada número suelto, se deduce que se trata de una publicación anual.

El título del volumen indica ya que está especialmente consagrado a estudios sobre el matrimonio. Los seis trabajos recogidos bajo el epígrafe "El matrimonio, ¿tópico social o institución permanente?" tratan del matrimonio desde el punto de vista ortodoxo de base de la familia y del Derecho natural, con especial atención a las cuestiones sobre la naturaleza del matrimonio, a su indisolubilidad y a la regulación de la natalidad. Estudios a los que se acompañan otros sobre las llamadas "cuestiones interdisciplinares"; considerando como tales a los aspectos psicológico, antropológicos, médicos, jurídicos y hasta zoológicos del amor y de la sexualidad.

Todavía se recogen "otros estudios" sobre el derecho a la información, moral y derecho, y ética política iusnaturalista. Termina la revista con una sección denominada "lecturas", en la que se recogen unas cuidadas reseñas sobre siete obras importantes; siendo de destacar la exposición y examen crítico hecho de obras inspiradas en la concepción marxista, como las tan conocidas de Marcuse y Levi-Strauss.

Los trabajos publicados se insertan en la lengua original (castellano, italiano, alemán e inglés). Los textos castellanos con un resumen en inglés, los en un idioma extranjero con un resumen en castellano.

R.

PUENTE MUÑOZ, Teresa: "El contrato de concesión mercantil", con prólogo del profesor Justino F. DUQUE, catedrático de Derecho Mercantil. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, 319 págs.

Prologa esta importante monografía de la doctora Puente, el profesor Duque, en el que destaca la personalidad de la autora, su formación en el campo del Derecho civil y mercantil, así como su dedicación plena a las tareas docentes e investigadoras en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Y, entre otras interesantes consideraciones, pone de manifiesto también en el prólogo, la oportunidad del libro, en el que la profesora Puente construye una obra de actualidad, no sólo al escoger el objeto de la misma (el estudio de un tipo negocial carente de regulación legal), sino, sobre todo, por los enfoques que recibe la figura analizada. Figura que contribuye a constituir situaciones fácticas de poder económico privado, que a lo largo de este estudio se analizan.

La obra que comentamos, presentada en cuidada edición, ya tradicional en la Editorial que la patrocina, consta de trece capítulos, a los que sigue un útil Apéndice con modelos de contratos. Centraremos nuestra atención en tres capítulos que estimamos básicos para la comprensión general de este libro: el cuarto, donde se estudia el concepto y las notas esenciales o características del contrato de concesión mercantil; el capítulo quinto, dedicado al examen

de las diversas teorías sobre su naturaleza jurídica, y, finalmente, el sexto, referente a las principales cuestiones sobre el nacimiento y fin de esta modalidad contractual.

No es fácil llegar a un concepto de concesión mercantil (cap. IV); pero a la hora de decidirse la autora entiende que la definición de CHAMPAUD podría ser la que más conviniese a la concepción jurídica de la concesión mercantil que pudiéramos llamar típica. Concepto que reza así: "Hay concesión mercantil cuando un comerciante (concesionario) pone su empresa de distribución (o de venta), en su caso, al servicio de otro comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar exclusivamente, en un territorio determinado, durante un período de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección) del concedente, la distribución de sus productos, de los que le ha sido concedido el monopolio de reventa".

La nota de exclusividad, así como en general una visión de esta figura, es recogida por el Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 31 de diciembre de 1970, donde se habla ya de una modalidad contractual nueva atípica, aunque de frecuente concierto en la práctica, conocida por... distribución en exclusiva..., en virtud de la cual se promueve la introducción en el mercado... de un determinado producto... mediante un sistema de reventas o cesiones en uso, precisamente planificados en cuanto a la uniformidad de precios.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de concesión mercantil (cap. V), después de exponer y criticar las diversas posiciones de la doctrina, para unos cerca de la compraventa (como venta especial, con carga, monopolio o con suministro), y para otros como contrato especial (informativo, de adhesión, etc.), la doctora Puente llega a la conclusión de que se trata de un contrato atípico, ya que no cabe reconducir el contrato de concesión mercantil a ninguno de los esquemas contractuales tradicionales.

El contrato de concesión mercantil es un contrato atípico. En él, concedente y concesionario no tienen intereses contrapuestos, sino que ambos tienen un mismo interés: vender; y les une una misma finalidad: organizar la venta de las mercaderías o bienes objeto de la concesión. De la concesión mercantil surge una relación de colaboración entre dos personas que quieren vender, y esta relación entre las partes está teñida por el principio de la confianza, típico de esta clase de contratos. Se trata de un contrato "intuitu personae", pactado por el concedente en atención al crédito, a la capacidad y a las condiciones personales del concesionario.

En la concesión mercantil hay un complejo contenido de relaciones que se traducen jurídicamente en los pactos o cláusulas que acompañan normalmente a este contrato; pero en la concesión mercantil destaca como nota típica de la colaboración entre concedente y concesionario, el que no suele haber una completa igualdad entre las partes, sino que el concedente, a través de este contrato, ha pretendido no sólo participar en la reventa de los bienes que venga al concesionario, sino que busca hacerlo conservando un poder de dirección de la reventa. Controlando la actividad mercantil de reventa del concesionario, imponiendo las condiciones de la misma.

En el capítulo VI los perfiles de dogmática jurídico-civil afloran extensa e intensamente a la vez, presentando la autora, dentro de una estructura cla-

sicista, el nacimiento de este contrato, con sus elementos "personales" (el concedente y concesionario), los "reales", donde se examina el *objeto* de la concesión mercantil (que suelen ser productos standarizados, fabricados en serie y con posibilidad de grandes mercados) y el *precio* (que se estipula libremente por las partes, tanto en la cuantía del mismo, como la forma o modo de pagarlo, siendo sobre esto último las modalidades de pago múltiples); y, finalmente, los elementos "formales", donde al no haber nada legislado, es el principio de libertad de forma el que impera, aconsejando, por la complejidad de su contenido, el que el contrato de concesión mercantil se formule por escrito.

Es muy interesante también el estudio detallado que la autora realiza, dentro del mismo capítulo, de la "remuneración del concesionario", así como sobre el "pacto de exclusiva", de su concepto, duración, zona de eficacia, modalidades y efectos del pacto de exclusiva, junto con la problemática de su violación. Terminando este interesante capítulo de auténtica "creación", con la duración del contrato de concesión mercantil y el derecho a la renovación del contrato, que si bien no ofrece problemas cuando la renovación se estipula, puede, en cambio, plantearlos cuando la misma no se estipuló. No olvidando la cuestión de que el concedente se niegue a conceder la renovación de la concesión mercantil, pese a que aparezca pactada.

Como se puede fácilmente apreciar con este breve recorrido, se trata de una monografía del máximo interés y actualidad, y por ella felicitamos a la profesora Puente, de la que esperamos, por su continuado esfuerzo y total dedicación a las tareas universitarias, siga ofreciendo a la doctrina civilista y mercantilista, con otras obras y trabajos, nuevas pruebas de su vocación jurídica.

FRANCISCO RICO PÉREZ

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Civil
en la Universidad Complutense de Madrid

SUAREZ (Francisco): "De legibus (II, 1-2). De lege naturali". Estudio preliminar y edición crítica bilingüe por L. Pereña y V. Abril y la colaboración de P. Suñer, C. Baciero, A. García, C. Villanueva y E. Elorduy. Corpus Hispanorum de Pace, vol. XIII. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1974. 328 págs.

Se prosigue la publicación de la obra "De legibus", de Francisco Suárez, con el capítulo sobre la Ley Natural. Como los anteriores volúmenes del "Corpus Hispanorum de pace", elaborados bajo la dirección de Luciano Pereña, el texto suareciano en latín va acompañado de su traducción castellana. Se nos facilita el texto de 1612, en cuidada edición crítica, acompañada de los textos de los autores citados por Suárez, recogiendo íntegros los que tienen valor de fuentes. En Apéndices se incluyen los índices de los manuscritos de 1603 y 1607, los textos de "Quaestio de Legibus" y de "Actibus humanis", todos del mismo Suárez; además, textos de otros autores relativos a cuestiones tratadas por Suárez, así de Baltasar Alvarez, Luis Molina, Ma-

nuel Suárez, padre Vázquez y Francisco Rodríguez (1). La obra se termina con unos índices de fuentes, bibliográfico y de conceptos. Todo lo cual acrecenta el valor de este libro como obra de consulta.

El texto del maestro granadino va precedido de tres estudios de mucho interés. Luciano Pereña, bajo el título "Metodología suareciana", estudia el proceso del pensamiento de Suárez a través de los textos de 1582, 1592, 1602, 1607, hasta el definitivo de 1612, examinando su método y las fuentes utilizadas. Pedro Suñer, en "Teocentrismo de la ley natural", trata de la evolución del pensamiento de Suárez hasta llegar a la síntesis superadora de las posiciones del voluntarismo y del esencialismo. Vidal Abril examina las líneas fundamentales de la concepción de Suárez sobre la relación entre "lex naturae" y "ius naturae" y lo estrictamente jurídico; son de destacar en este estudio preliminar las notas sobre el influjo de las ideas de Suárez en las distintas épocas, hasta llegar a la actual, sobre las interpretaciones hechas de su pensamiento por los autores modernos y también respecto de las críticas que se le han hecho, en especial la de Villey, quien sostiene que Suárez se ha apartado indebidamente de la doctrina de Santo Tomás.

R.

(1) Los textos citados están en latín, sin que se acompañe la traducción castellana.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO
y César SEMPERE.

ALFEREZ CALLEJÓN, Gabriel: *El testamento y su interpretación*, R. C. D. I., número 494, págs. 69 y ss.

En la introducción del tema se señalan la importancia del mismo, la conveniencia de hacer testamento, el interés de la claridad y la trascendencia de la interpretación.

Se investigan, igualmente, las notas sobre el concepto del testamento y sus caracteres, así como las clases del mismo.

Pasa seguidamente a detenerse en el estudio del testamento abierto o notarial, por excelencia, continuando con el estudio del ológrafo y sus notas más características, haciendo un estudio exhaustivo de las maneras de firmar, y se dedica igualmente un epígrafe al examen de testamento extraordinario ante testigos.

En la interpretación del testamento, distingue dentro de ésta, los sujetos, las diferencias que existen entre la misma y la de los actos inter vivos, las normas jurídicas principales sobre interpretación de estas figuras.

Dentro de estas normas se detiene especialmente en los artículos 675 y 773 del Código civil, examina la doctrina, especialmente Jordano Barea, Díez-Picazo y García Amigo, y hace un detallado resumen de la jurisprudencia del T. S.

GARCÍA LAVERNIA, Joaquín: *Significado y alcance de la equidad en el título preliminar del Derecho civil*, R. J. C., núm. 3, 1975, págs. 515 y ss.

Tras una breve introducción, el autor hace una de las más exhaustivas investigaciones sobre el Derecho histórico y el Derecho comparado.

En efecto, pasando por la justicia primitiva, Derecho germánico, Derecho romano, islámico, canónico, la "equity" inglesa, época de las monarquías absolutas, se detiene especialmente en los códigos del siglo XIX, con especial mención de los códigos francés, austríaco, el de Luisiana, portugués, código civil servio, egipcio, montenegrino, carta japonesa de 1875, código civil italiano, legislaciones iberoamericanas y código civil alemán.

Continúa con el estudio de los códigos pertenecientes al siglo XX, y entre ellos, el suizo, código Derecho canónico italiano, filipino y código civil soviético; más adelante hace el estudio del Derecho histórico de España.

En el apartado o epígrafe III se dedica especialmente a dar un concepto jurídico de lo que a su juicio es la equidad.

El epígrafe IV centra el estudio del actual Título preliminar, con tres estudios básicos, a saber: la función interpretativa de la equidad, su función integradora y la función especial que la misma realiza como correctora de la norma y del Derecho.

MISERASCHS RIGALT, Antonio: *El contrato de edición en la Ley del Libro*, R. J. C., núm. 3, 1975, págs. 540 y ss.

La nueva regulación que la ley del libro hace del contrato de edición es tratada por el autor a través de un detallado estudio de la materia y con una perfecta sistemática.

Comienza advirtiendo las principales innovaciones de la Ley de 12 de marzo de 1975, con referencia al Derecho anterior, así como sus principales directrices.

Examina cuáles son las normas generales de contratación en general, para dar seguidamente el concepto legal del contrato de edición.

Son temas que estudia a continuación los derechos recíprocos de las partes, y el plazo para la publicación en el contrato que estudia a lo largo de su documentado trabajo.

Prosigue con el enjuiciamiento en torno a las medidas especiales sobre el contrato y el llamado precio fuerte, según el artículo 38 de la Ley.

Procede más adelante a pasar revista a las garantías para la efectividad y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y hace una revisión comparativa de los regímenes de Derecho comparado más importantes.

El apartado 10 lo dedica a meditar sobre otros tratos editoriales, concluyendo con el repaso sobre responsabilidad y sanciones, haciendo un resumen sobre las posibles sugerencias para la reglamentación más técnica.

EGEA IBÁÑEZ, Ricardo: *Los bienes inmuebles por destino: la maquinaria industrial*, R. C. D. I., núm. 494, págs. 23 y ss.

En la introducción ya se anuncia que lo que es objeto de estudio, en este trabajo, es el tema de la maquinaria sometida o considerada como parte integrante de un inmueble o cuando constituye una pertenencia o un bien inmueble por destino.

Examina los problemas de esta figura en el Derecho romano y en el Derecho alemán, así como en el Código civil italiano, con especial referencia y detenimiento en el sistema francés.

Con relación al Código civil español, estudia la clasificación admitida por la doctrina en base al artículo 334 del mismo, para pasar seguidamente el intento a la naturaleza jurídica del acto de destino.

Allí se ocupa de la doctrina italiana de Ferrara, De Page, la doctrina alemana de Staudinger y Enneccerus.

El epígrafe siguiente es destinado al estudio de la maquinaria como bien integrante de un inmueble y como bien inmueble por destino.

A continuación reconoce los aspectos notariales y fiscales del artículo 334 del Código civil, con lo que da por terminado su estudio.

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*, R. C. D. I., núm. 494, páginas 47 y ss.

Inicia el trabajo su autor con el examen de los orígenes de la figura, probablemente a su juicio, se entronque con la fiducia; el apartado segundo del epígrafe primero es destinado a considerarla como una modalidad del negocio fiduciario.

La venta en garantía en el Derecho español se examina a la luz del artículo 1.863 del Código civil y la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954.

Se investiga la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta llegar a la conclusión de que no tiene carácter transmisivo y que hay que reconocer en principio la validez del pacto subyacente movido por una finalidad de garantía. La segunda del parte del estudio se dedica al reconocimiento de los procedimientos de ejecución del deudor.

Después de ver el que hace referencia a la ejecución universal del fiduciario, con el estudio del artículo 1.269 de la LEC y especial referencia a la teoría del profesor De Castro, pasa a tratar de la ejecución del fiduciante, deteniéndose especialmente en la investigación de la sentencia de 8 de marzo de 1957, haciendo un breve averiguamiento de la materia relativa a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de junio de 1965.

ALVAREZ BELTRÁN, Jesús: *El acceso diferido a la propiedad de viviendas de protección oficial*, R. C. D. I., núm. 459, págs. 316 y ss.

En el estudio de este problema se entra directamente a investigar los artículos 132 a 137 del reglamento de viviendas de protección oficial, que complementan el artículo 26 del texto refundido.

El trabajo constituye asimismo la ponencia presentada al seminario de Derecho hipotecario de Salamanca y Valladolid.

Se estudian los antecedentes y sus problemas, la regulación positiva de la materia en la actualidad, con especial detenimiento en los problemas que plantea el artículo 134 del texto antes mencionado.

Mayor amplitud se dedica al estudio de la inscripción en el registro de la Propiedad, recogiendo la opinión de Camy, Mozos, el Colegio Notarial de Madrid y el Colegio de Granada, Espinosa del Río y Bonilla, en torno a la posibilidad de la misma en determinadas circunstancias, optando el autor por la posibilidad de la misma, siempre que se haga escritura pública de venta en que se haga constar el cumplimiento de las condiciones.

Finalmente, el autor dedica el último capítulo al examen fiscal de los problemas que se plantean en esta figura, comentando la circular de la Dirección General de lo Contencioso de 13 de enero de 1972.

MENÉNDEZ, José: *Las restricciones al derecho de propiedad, consideradas necesarias para el desarrollo de las explotaciones agrícolas*, R. C. D. I., número 495, págs. 285 y ss.

En cinco apartados se divide el trabajo.

El primero de ellos se dedica al estudio de las restricciones por vía positiva; dentro de él se examina la obligación de cultivar, la de cultivar directamente, el acceso del arrendatario a la propiedad de la tierra, la explotación de modo eficiente, la obligación de cumplir las leyes laborales y fiscales y la obligación de cambiar el sistema de explotación.

El segundo apartado se destina a examinar las restricciones desde el lado pasivo, así la expropiación, la privación del derecho a desalojar a los usurpadores.

El apartado tercero se consagra a los ataques a la riqueza rural desde el Derecho de propiedad, con especial investigación de la conclusión unilateral de los arrendamientos de tierras nacionales y las restricciones en favor de los ocupantes pacíficos de tierras.

El apartado cuarto se aplica a la afectación de tierras, su diferencia con la expropiación, realización de programas de desarrollo agropecuario y expropiación de tierras afectables.

El apartado quinto, con el que concluye el trabajo, se consagra íntegramente al estudio de la permuta forzosa de fincas rústicas.

CORRAL DUEÑAS, Francisco: *La concentración parcelaria y su consideración registral*, R. C. D. I., núm. 495, págs. 336.

Trabajo presentado al seminario de Derecho hipotecario y exhaustivo.

Con la introducción y el examen de las normas vigentes, con la obligada falta de la Ley de 1973, que no se recoge porque el trabajo es de 1972.

Estudia el papel del Registro de la Propiedad, en relación con esta materia, en el período de investigación de la propiedad y el posterior de inscripción de las fincas concentradas.

Dentro de este apartado se estudian el acta de reorganización, su contenido, el principio de subrogación, el ámbito de la misma, con relación al dominio y los demás derechos reales.

Posteriormente investiga la conservación de la concentración parcelaria y sus formas, en el Derecho comparado y en el Derecho español, se refiere a la legislación de unidades mínimas de cultivo, desde el punto de vista agronómico y jurídico y dentro de éste, la titulación e inscripción, si ésta es obligatoria o constitutiva, si es posible de oficio, y el papel que juega el Catastro.

Finalmente, el último apartado se dedica a la concordancia del Registro con la realidad después de la concentración, con el examen de la zona y el término municipal, fincas excluidas o reservadas y el problema de la identificación de las fincas inscritas.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción*, R. C. D. I., núm. 496, págs. 557 y ss.

Partiendo de la introducción de la sentencia del T. S. de 17 de marzo de 1973, el autor pasa a comentar y ocuparse del problema de la dualidad de jurisdicciones y la multitud de problemas prácticos que la misma plantea.

Al comentar la unidad de jurisdicción, señala que la misma es uno de los problemas de moda en la bibliografía continental.

Comentando la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, continúa con el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, el 41, y sienta las conclusiones pertinentes. Vuelve de nuevo a la sentencia antes citada, y en su comentario se refiere a la materia de aguas, concretamente al artículo 256 de la Ley de Aguas, que reconoce a los Tribunales ordinarios la competencia para conocer las cuestiones relativas a los daños ocasionados a terceros por la apertura de pozos artesianos y por la ejecución de obras subterráneas.

Se ocupa posteriormente del tratamiento jurídico de la jurisdicción, la delimitación de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa y trata de argumentar sobre cuál sea la única patente y alaba la tesis de la sentencia comentada al intentar superar el peregrinaje de una a otra jurisdicción y evitar dentro de lo posible las prescripciones de la acción.

PRADA ALVAREZ BUYLLA, Plácido: *Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales*, R. C. D. I., núm. 497, págs. 811 y ss.

Amplio y documentado trabajo que examina la problemática señalada en el título.

Con una pretendida clasificación de los artículos 76 y 77 de la LH, el autor da inicio al estudio del problema planteado.

Examina los modos negativos de extinción de las cancelaciones, sigue con la extensión de las mismas, la cancelación de asientos extinguidos por inscripción o anotación de transferencia o por conversión, la operación de cancelación y los asientos cancelados y los efectos de las cancelaciones.

Investiga a continuación los modos de extinguir los asientos del Registro con especial detenimiento en la inscripción de transferencia y hace unos cuadros francamente interesantes, que tratan de aclarar la materia.

Pasa a ocuparse seguidamente de los efectos jurídicos de la operación de transferencia y posteriormente de la extinción de las anotaciones preventivas por transferencia.

Más tarde, es objeto de examen los diferentes modos positivos de extinguir asientos del Registro y en especial, la conversión.

Igualmente, la extensión de la conversión respecto del asiento previo.

Igualmente son objeto de atención la conversión de notas marginales y cancelaciones, la conversión respecto al asiento final y los efectos propios de la conversión.

CHICO ORTIZ, José María: *Presente y futuro del principio de calificación registral*, R. C. D. I., núm. 497, págs. 579 y ss.

El autor, con su habitual claridad y gracejo, nos lleva por la intrincada selva del principio de calificación con una sencillez que lo hace hasta agradable.

En efecto, después de detenerse a la entrada en decirnos en qué consiste la esencia del principio, examina la misma como acto administrativo, como función judicial y como otros autores, como jurisdicción voluntaria, así como los efectos de su actuación.

En el apartado segundo del trabajo se detiene en el examen de los sistemas existentes en orden al mismo, distinguiendo entre los que no hay tal sistema y los que lo tienen, y, dentro de éstos, las diferentes modalidades que se vislumbran.

Seguidamente, investiga las notas del principio en nuestro Derecho.

Eu cuanto al futuro del principio de calificación, el autor examina las grandes dificultades para su actuación, la diversidad de campos sometidos a su tutela y la aparición de los medios mecánicos, la cibernética y los ordenadores electrónicos en relación a su existencia, sentando, al final, las conclusiones oportunas. Hemos de hacer constar que el presente trabajo es el que fue presentado por su autor como ponencia al Primer Congreso Internacional del Derecho Registral de Buenos Aires, celebrado en el año 1972.

SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: *La nacionalidad de la mujer casada*, R. C. D. I., núm. 497, págs. 611 y ss.

De nuevo Simó Santonja en uno de los temas que más le gustan y que mejor domina como jurista.

Hemos de hacer constar que el trabajo es anterior a la ley de 2 de mayo de 1975. Es asimismo el texto íntegro de la conferencia dada por el autor en el Colegio de Abogados de Madrid.

Con el examen de Derecho comparado da comienzo el estudio de la materia, distinguiendo entre los sistemas de unidad los que siguen el principio de dualidad de nacionalidades y los que el autor denomina sistemas mixtos, así como los que tienen en cuenta el principio de voluntad de la mujer.

Pasa posteriormente a ocuparse de los diferentes medios que se sirven las instituciones internacionales para solucionar el problema.

Se ocupa de la International Law Association, el Instituto de Derecho Internacional, la Sociedad de Naciones y la Convención de La Haya de 1930, los Convenios de Montevideo y la ONU.

Por último, se ocupa de la legislación española, desde el decreto de 1852; la Constitución de 1931, la ley de 15 de julio de 1954, y examina los pros y contras de la materia.

No obstante, el autor se inclina por el sistema de la Convención de 1957, a saber: el matrimonio no debe afectar automáticamente la nacionalidad de la mujer, si bien se facilitará al máximo la posibilidad de opción por parte de la mujer a la nacionalidad de su marido.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Ensayo de una clasificación de los legados, en particular en el Código civil*, R. C. D. I., núm. 497, págs. 781 y ss.

En la introducción, siguiendo a Sánchez Román, llama a la clasificación del Código, plenástica. Trata de introducir un nuevo criterio para la clasificación de los legados, por su régimen legal, por sus titularidades, por su eficacia, por su objeto, por individualización, por la persona del onerado y por la influencia del tiempo en su cumplimiento.

En el epígrafe 3 de su trabajo señala el criterio que se adopta por el escritor, distinguiendo en primer lugar las cosas que forman parte del patrimonio del testador, dentro de ellas, cuerpo cierto, cosa genérica, cantidad y suma. También legado alternativo y *legatum debiti*.

Dentro del legado de cuerpo cierto, cosas corporales determinadas, constitución de Derecho real, crédito y liberación, legado de prestaciones periódicas o de tracto sucesivo.

El apartado siguiente es destinado al examen del legado de cosas que no forman parte del patrimonio del testador; dentro de éste estudia su concepto, su existencia en el Derecho comparado, su estudio en el Código español, artículo 861, y dentro de esta investigación, las variedades del mismo en nuestro Derecho.

Así, el 863, 858 y su fundamento, 864 y 875.

CLAVE DE ABREVIATURAS

ACP = *Archiv für die Civilistische Praxis* (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = *Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux*.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = *The American Journal of Comparative Law* (Michigan).

AUM = *Anales de la Universidad de Murcia*.

BCAM = *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*.

BDC = *Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito)*.

BFD = *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina)*.

BFDC = *Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)*.

BI = *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid)*.

BIM = *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico*.

BIR = *Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma*.

BMI = *Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa)*.

BS = *Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile*.

BUSC = *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*.

CDA = *Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona)*.

CDF = *Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona)*.

CLJ = *The Cambridge Law Journal*.

CLQ = *Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York)*.

- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
DM = Derecho (Medellín, Colombia).
ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
F = El Foro (Méjico).
FG = Foro Gallego (La Coruña).
FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
IJ = Información Jurídica (Madrid).
IM = Ius (Milán).
IR = Iustitia (Roma).
JF = Jornal do Foro (Lisboa).
L = La Ley (Buenos Aires).
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
LRN = La Revue du Notariat (Québec).
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).

- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

HIPOTECA CAMBIARIA.—No procede entrar en la cuestión planteada por carecer el recurrente de personalidad para interponer el recurso, ya que de los documentos presentados no resulta ser el titular del crédito hipotecario. (Resolución de 25 de octubre de 1973. "B. O. del E." de 7 de noviembre de 1973.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Barcelona ante el Notario don Pedro Sols García, el 26 de junio de 1972, don Felicísimo Moral Guijarro, casado en régimen de separación de bienes, constituyó hipoteca voluntaria sobre la mitad indivisa de varios apartamentos sitos en Barcelona, calle Puig Gori, número 19, que le pertenecían en pleno dominio y además sobre la otra mitad indivisa propiedad de don Juan Caminal Ruf, de quien tenía poder para concertar préstamos y garantizarlos con las fincas, a favor de don Alvaro Llabrés Rovira para asegurar el pago a sus vencimientos de varias letras de cambio que se relacionaban, aceptadas por el hipotecante y libradas por el señor Llabrés.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota que, en lo que interesa, dice literalmente: "No inscrito el precedente documento: 1.º Porque constituyéndose hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso, no se cumplen los requisitos prescritos en los artículos 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, es decir, ser talonarios y tener doble matriz.—2.º Porque en cuanto a la mitad indivisa de las fincas hipotecadas, propiedad de don Juan Caminal Ruf, no se estima bastante el poder otorgado por dicho señor el día 10 de octubre de 1969 ante el Notario de ésta, don José María Piñol Aguadé, que se ha acompañado como documento complementario: a) Por no considerarse incluida la facultad de hipotecar en la fórmula "... dando en garantía de dichos préstamos las mencionadas fincas o participaciones indivisas de las mismas", que emplea dicho poder, debiendo el poder ser especial y bastante, según dice el artículo 139 de la Ley Hipotecaria. b) Porque aunque se considere incluida dicha facultad, lo sería para garantizar préstamos o créditos concedidos a favor del poderdante, y no a favor del apoderado, señor Moral, como se deduce del hecho de estar libradas las letras de cambio que garantizan la hipoteca constituida a cargo del apoderado, que es igualmente el aceptante, constituyéndose por tanto, en lo que se refiere a la mitad indivisa perteneciente al

señor Caminal Ruf, hipoteca por deuda ajena, facultad que no se estima incluida en el poder que se califica, y no siendo subsanables dichos defectos, no se toma anotación preventiva. Servido este Registro por dos titulares, se hace constar que esta nota calificadora se pone estando de acuerdo ambos funcionarios”.

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en cuanto al primer defecto señalado por el Registrador, no puede afirmarse que nuestro Derecho no admita la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio porque es evidente que, además de su expresa aceptación por la Ley de Hipoteca Mobiliaria, el artículo 150 de la Hipotecaria, así como el párrafo primero del 154, se refieren a hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso, dentro de cuyo ámbito queda integrada como subespecie o modalidad singular, la hipoteca que la doctrina llama cambiaria; que lo que ocurre es que al regular las condiciones de dicha hipoteca en el segundo párrafo del mismo artículo 154 y en el 247 del Reglamento, el legislador contempla únicamente los préstamos formalizados mediante la emisión en masa de obligaciones representadas por títulos-valores, razón por la cual habla de la serie o series a que correspondan las mismas y de que los títulos han de ser talonarios o con doble matriz; que esto no quiere decir que rechace o prohíba las hipotecas en garantía de títulos a la orden, de características diferentes y considerados de forma singular como la letra de cambio, que es el más generalizado y al mismo tiempo el más perfecto de los títulos de dicha clase; que sólo es preciso para ello adecuar la citada hipoteca a las peculiaridades de este título-valor, para lo cual han de consignarse en la escritura—como se ha hecho en el presente caso—los requisitos necesarios para que queden claramente determinados los elementos de la relación jurídica constitutiva del derecho real de hipoteca, a la cual le serán aplicables los preceptos de los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria, con las particulares adaptaciones; que salvo la circunstancia de que los títulos sean talonarios y con doble matriz, que como se ha dicho es aplicable a emisiones en serie, que fue el supuesto contemplado por la Ley de 1869, que introdujo este tipo de hipoteca, todas las demás condiciones exigidas por los preceptos aludidos son aplicables a la hipoteca cambiaria y se han cumplido directa o analógicamente en el título cuya inscripción ha sido denegada; que así, en cuanto a los elementos personales, las hipotecas han quedado constituidas por el librado aceptante a favor del librador y sucesivos tenedores, con lo que ha quedado cumplido el requisito que exige el último inciso del párrafo segundo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria; que en relación con los elementos reales, han quedado claramente señaladas las fincas hipotecadas y sus circunstancias, así como las obligaciones garantizadas y sus particularidades; que en cuanto a la responsabilidad se ha determinado exactamente por principal y costas, excluyendo intereses cuyo no devengo se pacta, lo que hace que la suma reclamada sea siempre idéntica, habiéndose convenido la prohibición de no introducir ninguna modificación en lo estipulado ni aunque mediase mutuo consentimiento; que la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria, sanciona en su artículo 7 la constitución de prenda e hipoteca en garantía de letras de

cambio con los requisitos que establece el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, con cuya explícita referencia queda refutado el argumento de la inaplicabilidad a la cambiaria de los preceptos de la hipoteca en garantía de títulos endosables: que si se admite la hipoteca mobiliaria de cambio, no hay razón para rechazar la hipoteca inmobiliaria, más estable; que la práctica notarial y de los Registros de la Propiedad participan de este criterio; que respecto a la exigencia de poder especial para hipotecar, la Ley no obliga específicamente al uso de la palabra "hipotecar", sino que sólo exige "mandato expreso", que es algo distinto; que tampoco la Dirección General entiende que sea indispensable el uso de la citada palabra en los poderes que se otorguen para constituir este tipo de derecho real (Resoluciones de 22 de abril de 1896, 20 de marzo de 1889 y 29 de septiembre de 1965); y que la amplitud del poder conferido por el señor Caminal Ruf al hipotecante, señor Moral, hace impropcedente el último defecto señalado, tanto más si se tiene en cuenta que en el mismo Registro se ha inscrito con posterioridad otra escritura de igual clase otorgada por los mismos interesados ante igual Notario y con poder concebido en idénticos términos.

Resultando que en el Registrador informó; que antes de entrar en el fondo del recurso, señala la falta de personalidad para interponerlo, del recurrente, no tener interés conocido en el asunto, ya que aunque dice ser el tomador o portador legítimo de las letras de cambio garantizadas con la hipoteca, es lo cierto que no demuestra con la correspondiente cláusula de endoso la adquisición de las mismas; que aunque pretende acreditar dicha adquisición mediante un escrito en que el librador, don Alvaro Llabrés Rovira, dice que se las endosa, tal transmisión, que no se ajusta a los requisitos formales legalmente establecidos en el Código de Comercio, es inadmisibile; que se trata simplemente de una cesión de dichas letras verificada conforme a las normas de derecho común, a la que serán aplicables las reglas de los contratos; que, por tanto, al no estar demostrado que el remitente sea el tenedor legítimo de las letras, cae por su base la alegada personalidad para interponer el recurso; que a continuación pasa a tratar de las cuestiones de fondo para el caso de que no sea tenida en cuenta la falta de personalidad señalada; que aunque la letra de cambio sea el título endosable por excelencia, no fue admitida por los legisladores de 1861 por las razones extensamente consignadas en su Exposición de Motivos; que las Leyes de 1869 y 1909 introdujeron las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, que han llegado hasta nosotros con la regulación establecida en los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria y 211 y 247 de su Reglamento; que a la vista de dicha regulación se nota cómo, tras los requisitos específicamente exigidos, palpitan los temores manifestados por los legisladores de 1861, ya que en la práctica vienen a ser excluidas dada la exigencia de que los títulos sean talonarios, exigencia ampliada por el Reglamento a la doble matriz, que no puede estimarse sea ignorada por el legislador que la mantiene a través de las varias modificaciones que la Ley Hipotecaria ha sufrido; que esto no quiere decir que los créditos cambiarios no sean susceptibles de ser garantizados hipotecariamente, sino que no pueden serlo mediante este tipo de hipoteca; que no desconoce el informante el estado actual:

de la doctrina sobre ese punto y la difusión de la letra de cambio como forma de pago de múltiples obligaciones, pero esta moderna problemática no incumbió resolverla al Registrador, que debe atenerse a lo establecido en la Ley; que la Dirección General en las Resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939, mantiene el criterio señalado; que el hecho de que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión admita este tipo de gravamen, no autoriza a extenderlo al campo inmobiliario, pues si bien la citada Ley considera a la Ley Hipotecaria de aplicación subsidiaria a la misma, no ocurre igual a la inversa, deduciéndose así del propio texto de los artículos 7 y 15 de la mencionada Ley; que los argumentos del recurrente sobre la determinación de titular, fincas y obligaciones, pueden admitirse con carácter puramente científico o constituyente, pero no de manera práctica o legal; que en cuanto a la exigencia de poder especial y bastante, de acuerdo con lo establecido en la Ley Hipotecaria (artículo 139), Código Civil (artículo 1.713) y Diccionario de la Lengua, así como la doctrina jurisprudencial (Resoluciones de 22 de abril de 1898, 20 de marzo de 1899, 5 de diciembre de 1961 y 6 de diciembre de 1972) y científica, estima insuficiente el conferido al recurrente; que la Resolución de 29 de septiembre de 1965, citada por el recurrente, se refiere a un poder extranjero amplísimo en el que se dice que no se enumeran concretamente más facultades "para que no se entienda que al enumerarlas las limita"; que en todo caso la fórmula del poder otorgado podría ser válida para préstamos concebidos a favor del poderdante, pero no, tratándose de deudas representadas por letras de cambio libradas a cargo del apoderado aceptante de las mismas y que se garantizan en su casi totalidad con bienes del primero y sólo en pequeña parte con los que pertenecen a éste, según resulta del análisis global de la escritura calificada; que si el poder ha de ser expreso, especial y bastante para hipotecar en garantía de deudas propias, mucho más debe serlo cuando se trate de deudas ajenas que, aparte las relaciones económicas subyacentes que pudieran existir podrían encubrir un acto gratuito a que no se extiende el poder calificado; y que en cuanto al hecho de haberse inscrito una escritura similar a la calificada, la autonomía del Registrador en esta materia es absoluta, sin que quede vinculado por calificaciones anteriores.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: Que como observación general hace constar que el poder conferido al señor Moral es el clásico que se otorga por una persona a otra persona cuando tienen un negocio en común y en relación con el mismo, dándose la curiosa circunstancia de que una escritura similar a la rechazada fue presentada al mismo tiempo en el Registro, habiendo sido inscrita con toda normalidad; que entrando en el estudio de los problemas planteados, el primer defecto señalado no debe ser considerado como tal, pues aunque la Ley Hipotecaria se expresa con cierta confusión en los artículos 154 y 156, la doctrina más solvente es unánime en considerar que nuestro Ordenamiento jurídico admite la constitución de hipotecas en garantía de títulos por endoso o al portador y, por tanto, la que asegura el pago de letras de cambio siempre que se realice la oportuna adaptación que olvidó hacer la Ley; que tal adaptación ha sido hecha con todo cuidado en la escritura calificada al pactarse que la hipoteca queda es-

tablecida en favor del librado y los sucesivos endosatarios tenedores legítimos de las cambiales, precisándose además, con detalle, las características de la obligación asegurada, su garantía, estabilidad y forma de cancelación; que en cuanto al segundo defecto, el artículo 139 de la Ley Hipotecaria no obliga al uso de la palabra "hipoteca" en los poderes que facultan para constituir tal gravamen, deduciéndose de la legislación, doctrina y jurisprudencia que lo que se exige es que no haya la menor duda de que la voluntad del poderdante autoriza para la citada estipulación, que es lo que ocurre en el caso planteado; y que en cuanto al tercer defecto, no debe ser considerado como tal, puesto que el poder está dado para negocios de poderdante y apoderado y el préstamo con hipoteca convenido, es de este tipo sin que se comprenda que su mayor amplitud pueda restringir sus efectos.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, después de analizar y no estimar la falta de personalidad de la sociedad recurrente alegada por el Registrador en su informe, declaró en cuanto a una parte no haber lugar al recurso gubernativo, "si bien por los medios autorizados en el artículo 216 del Reglamento Hipotecario podrá hacerse constar la cantidad de que cada porción de la finca propiedad indivisa del expresado señor Moral responda, subsanando el defecto de que en otro caso adolecería la constitución del derecho real de garantía; las demás causas que motivaron la denegación de la inscripción en cuanto a las fincas propias del señor Moral Gujarro expresamente se desestiman y, en consecuencia, se ordena al señor Registrador la verifique".

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial manifestando que la impugnación se dirige contra el extremo del auto por el que se deniega la inscripción de la hipoteca constituida sobre la mitad indivisa propiedad de don Juan Caminal Ruf en varios apartamentos de la finca número 19 de la calle Puig Gari, de Barcelona, apoyándose la alzada en las alegaciones hechas sobre tal extremo en el escrito de interposición del recurso y en el informe del Notario autorizante de la escritura, todas cuyas alegaciones se dan por íntegramente reproducidas. Y el Registrador se alzó igualmente del citado auto, disintiendo de los extremos contenidos en dicha resolución en cuanto a la personalidad para recurrir de la sociedad interesada, así como la admisibilidad de la inscripción de la hipoteca en garantía de letras de cambio y respecto a la suficiencia del poder como asimismo en cuanto al modo de subsanarlo, argumentado; que no se puede establecer analogía para poder recurrir (artículo 6 de la Ley, en relación con el 39 de su Reglamento, 112 de éste, y Resoluciones de 21 de enero de 1875, 6 de diciembre de 1879 y 31 de marzo de 1936); que aunque así fuese, la escritura fue presentada por don Eugenio Puig, sin aclarar en nombre de quien solicitaba la inscripción, apareciendo la sociedad por primera vez al entablarse el recurso; que la titularidad del crédito cambiario no se demuestra en el expediente mediante la correspondiente cláusula de endoso puesta al dorso de las respectivas letras, sino en un momento aparte de carácter civil que *consiguientemente se rige por las normas comunes de los contratos*; que como no consta la aceptación del crédito, cae por su base la personalidad de la sociedad para interponer el recurso; que aunque las letras de cambio sean

títulos transmisibles por endoso no les son aplicables las normas establecidas por el legislador para la hipoteca de títulos de esta clase que exige que los mismos sean talonarios con doble matriz; que esto no quiere decir que los créditos cambiarios no puedan garantizarse con hipoteca, sino que no pueden serlo mediante la hipoteca prevista para otros títulos endosables de diferentes características; que no desconoce la situación doctrinal del problema y la posible conveniencia práctica de buscar una adecuada solución al mismo; que la Dirección General de los Registros, en dos ocasiones que trató esta cuestión, mantuvo el criterio de exigir el cumplimiento de los requisitos legales en las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso (Resoluciones de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939); que la admisión de este tipo de hipoteca por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión no justifica que debe serlo también en el campo hipotecario normal, pues si bien la citada Ley establece que la Hipoteca será de aplicación subsidiaria a lo dispuesto en la misma, no ocurre igual a la inversa; que aunque en la escritura de constitución de la hipoteca se hayan tomado precauciones sustitutivas de la exigencia de que los títulos sean talonarios con doble matriz, tales cautelas no pueden anular la citada exigencia legal; que la redacción del apoderamiento no cumple tampoco el requisito legal de que el poder para hipotecar sea especial y bastante (artículo 139 de la Ley Hipotecaria, 1.713 del Código Civil y numerosa jurisprudencia), y que siendo toda la deuda que garantiza la hipoteca, propia y exclusiva del apoderado señor Moral, no hay que distribuir responsabilidad hipotecaria que recaerá totalmente sobre la finca sin perjuicio de la automática limitación a la mitad sobre la que se inscriba el gravamen.

Doctrina.—“Considerando que cuestión previa a dilucidar, que de admitirse impediría entrar en el fondo del expediente de conformidad con el artículo 119 del Reglamento Hipotecario, es la de si la sociedad recurrente tiene personalidad para interponer el recurso, lo que ha de resolverse en el sentido de que en efecto carece de tal personalidad, ya que no resulta de los documentos presentados que se encuentre legitimada como titular del crédito hipotecario, por desconocerse la existencia de la cláusula cambiaria de endoso en las letras emitidas, que únicamente puede tener lugar dado el rigorismo del artículo 462 del Código de Comercio con los requisitos y formalidades que en el mismo se establecen y sin que sea suficiente el escrito aportado en el que se indica se ha verificado, que en todo caso no podría tener más valor que el que le reconoce el artículo 466 del mismo cuerpo legal, y sin que tampoco pueda tomarse en consideración el hecho de que la sociedad recurrente fuese la presentante del título en el Registro, pues es completamente distinta la personalidad para pedir la inscripción en esta oficina que recoge el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, con la expresamente exigida para interponer el recurso a que se refiere el artículo 112 de su Reglamento.”

“Esta Dirección General entiende que procede revocar el auto apelado solamente en cuanto a este extremo, único que se examina.”

Consideraciones críticas.—A veces al tratar de encuadrar una materia se siente uno influido poderosamente por figuras más o menos relevantes que inclinan balanzas, cuando el punto a enmarcar puede perfectamente llevarse

a otros campos. Sucede aquí que el tema fundamental del recurso sea el de la "hipoteca cambiaria" o en garantía o posible garantía de letras de cambio. La hipoteca es institución típicamente registral; la letra de cambio es materia predominantemente mercantil. ¿Cuál de las dos debe llevarse el contenido de esta Resolución? Me he inclinado a respetar las normas clasificatorias que la Dirección General ya tenía previamente marcadas, pero entiendo que el campo es "compartido" y capaz de ser estudiado en uno u otro sector del Derecho Privado.

Realmente esta Resolución no es la que verdaderamente va a plantear ese doble encaje de materias, pues aunque el recurso en su frase previa de alegaciones, informes y escritos, si aborda la problemática de la posibilidad o no de una hipoteca en garantía de una letra de cambio, lo que en realidad soluciona es la legitimación para la interposición del recurso gubernativo. Es decir, se trata de un problema de "presupuesto" para la iniciación de un recurso.

La razón de la clasificación, sin embargo, no reside en materias, sino en la procedencia de los recursos entablados ante los Registradores de la Propiedad, ante los Registradores Mercantiles o ante los que lo son de los Registros de Hipotecas Mobiliarias y de Prenda sin desplazamiento. Se parte de esta distinción, pues en los recursos promovidos por decisiones de los Registradores de la Propiedad, es previo el recurso ante la Audiencia Territorial y de alzada ante la Dirección General, mientras que en los otros dos casos se trata de un recurso de reforma y gubernativo ante la Dirección.

Entre las personas legitimadas para poder entablar el recurso gubernativo contra decisiones de los Registradores de la Propiedad están la persona individual o jurídica a cuyo favor se ha de practicar la inscripción, por quien tenga interés en asegurar los efectos de ésta, como transferente o por otro concepto, y por quien ostente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos u otros para tal objeto. Así lo dice el artículo 112, 1.º del Reglamento Hipotecario, cobrando esta disposición mucho interés en el caso en que el Registrador alegue "falta de personalidad" que impida tramitar el recurso. El artículo 119 del Reglamento Hipotecario aclara este caso peculiar, que trasladado al que es objeto de estas notas entra dentro del párrafo primero de dicho artículo, pues a pesar de que el Registrador, en forma de excepción *dilatoria* (como exigen las Resoluciones de 8 de enero de 1921 y 10 de agosto de 1940) alega la falta de personalidad del recurrente, el Presidente de la Audiencia no lo estima y así y resuelve parte del asunto en un auto que es revocado por la Dirección, centrando el tema en el problema de la excepción *dilatoria*, la falta de personalidad o, dicho en términos procesales, la falta de legitimación para entablar el recurso.

Dos vienen a ser los argumentos que la Dirección General ofrece para estimar que debe prosperar la "excepción *dilatoria*", pues el recurrente no justifica su personalidad a los efectos de estar incluido en el número primero del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, añadiendo, de paso, que no deben confundirse las personas que pueden presentar la documentación a ins-

cripción con las expresamente legitimadas para entablar un recurso. En estos dos argumentos nos vamos a fijar para estructurar este comentario.

a) *Falta de personalidad*.—De los hechos resulta que la sociedad recurrente alega ser tomador o portador legítimo de las letras de cambio garantizadas con la hipoteca, no demostrando el endoso o la clausula del mismo para la adquisición de las mismas, limitándose a presentar un escrito en el que el librador don Alvaro Llabres Rovira dice que se las endosa.

Y la Dirección General estima que, dados los rigurosos términos del artículo 462 del Código de Comercio, no puede estimarse que exista endoso en su versión de “endoso nominal o completo”, pero sin hacer referencia al posible endoso “en blanco” de que trata el artículo 465 del mismo Código, así como tampoco del “endoso limitado” de que trata especialmente el artículo 461 del Código de Comercio en su doble función de autorización de cobro o de simple garantía. La Dirección General entiende que ese documento que se alega por el recurrente no puede tener otro valor que el que le reconoce el artículo 466 del mismo cuerpo legal, o, lo que es lo mismo, si no obstante, se hiciera el endoso, “no tendrá éste otra fuerza que la de una simple cesión”.

Es muy difícil pronunciarse sobre la problemática del documento de cesión, pues los hechos no suministran datos a este efecto. Lo que sí es importante a estos efectos es que la Dirección “reconoce” que esa documentación presentada no reúne los requisitos “formales” del endoso, pero que puede valer como cesión. Y esto se me antoja importante, pues la cesión no está ligada a la observancia de una forma (artículo 1.527 del C. c.), y mientras que en el endoso se transmite una cosa mueble —la letra—, adquiriéndose por consecuencia por el endosatario los derechos inherentes a la misma, en la cesión lo que se produce es una transmisión de un crédito. Con más precisión lo dice GARIGUES: en el endoso no hay sucesión de acreedores en un mismo crédito, ya que el crédito cambiario no se transmite, sino que renace en la persona del endosatario. Hay una “reencarnación” del derecho cambiario en un nuevo titular. En la cesión hay transmisión de crédito y sucesión de titulares.

Si se reconoce que hubo simple cesión —aunque el Registrador alegue que faltaba la aceptación del cesionario— y no un endoso pleno y formalista, puede pensarse que con la cesión del crédito se produjo la del derecho accesorio de la hipoteca (artículo 1.528 del C. c.), que tratándose de obligaciones transferibles por endoso el derecho hipotecario se entiende transferido sin necesidad del consentimiento del deudor ni necesitar constancia registral (artículo 150 Ley Hipotecaria y 242 Reglamento Hipotecario) y que, como consecuencia de todo ello, podía haberse estimado interés legítimo, personalidad e incluso “relación legitimada” para interponer el recurso en aras de un interés conocido “como transferente” “o por otro concepto”. ¿Qué otro concepto puede ser más que el de adquirente, cesionario, sucesor, tercero, deudor, etc.? Entiendo que un temor a resolver el problema de fondo —problema que se resuelve en la posterior Resolución— ha hecho derivar una cuestión a un problema de forma jurídicamente poco justificado.

b) *Legitimación para presentar y para recurrir.*—El otro argumento que la Dirección utiliza es que la normativa en orden a la presentación de documentos no es la misma que la que rige el sistema para la interposición de los recursos. En este sentido se citan varias Resoluciones.

De lo que se trata, por tanto, es de diseccionar la temática que plantea el artículo 6 de la Ley Hipotecaria en su “apertura” de personas que pueden pedir la inscripción (ampliada generosamente por la doctrina en los artículos 39 y 40 del Reglamento Hipotecario) y el esquema de personas que pueden interponer el recurso. Me impresiona mucho esta “separación” que la Dirección realiza, cuando a la hora de exigir pagos de aranceles resulta que el artículo 614 del Reglamento Hipotecario introduce como “legitimado pasivamente” al presentante del documento.

No estimo suficiente la Resolución de la Dirección de los Registros de 21 de enero de 1875, en la que se deniega la admisión del recurso no en base del que lo presenta sea a su vez presentante del documento, sino de que en el recurrente no coincide la condición de “interesado” única a la que entonces hacía referencia la legislación hipotecaria en su artículo 66 de la Ley y 57 de su Reglamento, cosa que, en el fondo, venía a coincidir con la expresión “quien tenga interés en asegurar...”, que precisaba el artículo 6 de la Ley al referirse a los presentadores de la documentación. Es curioso que tampoco favorece nada la cita que se hace por el Registrador de la Propiedad de la Resolución de 6 de diciembre de 1879, en la cual se viene a demostrar todo lo contrario de lo que el mismo alega, pues literalmente, creo que es en el segundo de sus considerandos, se dice: “Considerando que, según la Ley Hipotecaria y el artículo 57 del Reglamento para su ejecución, sólo pueden entablar estos recursos los *interesados* en la inscripción del documento, entendiéndose bajo tal nombre las personas que señala el artículo 6.º de la Ley y sus representantes legítimos.”

Todavía es peor la cita que se hace de la Resolución de 31 de marzo de 1936, en la cual para nada juega la “presentación” de documentos a inscripción y sí la “presentación” (no acreditada) del recurso. Resulta que el interesado en el recurso que lo firma encarga su presentación a persona que no acredita su representación, lo cual es completamente distinto del problema que en los hechos aquí cuestionados se plantea.

La cita de Resoluciones de la Dirección General puede ser un buen arma para mitigar alegaciones contrarias, siempre y cuando las mismas contengan esa doctrina que se trata de defender en determinados puntos del recurso. Aquí resulta que por esa cita, un tanto arbitraria, de Resoluciones viene a llegarse a una conclusión excesivamente rigurosa: no es lo mismo la legitimación para presentar escrituras a inscripción que para ejercitar un recurso de carácter gubernativo. Y es curioso que ese personaje que interviene en la presentación que puede ser importante en muchos casos (pongo por ejemplo en la decisión de la prioridad de presentación, artículos 420 y 426 del Reglamento Hipotecario, en la decisión de que no se inscriban determinadas cláusulas sin transcendencia real, artículo 434 del Reglamento Hipotecario, en la retirada de documentos, artículo 255 de la Ley Hipotecaria y 105 del Reglamento, en la extensión de la nota que constituye requisito esencial para

entablar el recurso gubernativo, artículo 106 del Reglamento Hipotecario, etcétera), aparte del pago de honorarios antes dicho carezca, conforme a esta Resolución de la Dirección General, de "legitimación" para entablar el recurso gubernativo.

Sin recurrir a estos artículos reglamentarios y legales, a los cuales se podrían añadir muchos otros no citados, estimo que el enfrentamiento de las frases "por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir", que utiliza el artículo 6, c) de la Ley Hipotecaria, no discrepa en absoluto de la frase "por quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta...", que utiliza el artículo 112 del Reglamento Hipotecario en materia de recursos gubernativos. Entiendo que habría que haber profundizado mucho más en la disección del "interés", de la presentación y de la legitimación.

HIPOTECA CAMBIARIA.—ES INSCRIBIBLE, SALVO UN PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE LETRAS DE CAMBIO CUANDO SE CUMPLEN, ACOMODADAS A SU NATURALEZA, LAS PRESCRIPCIONES LEGALES. (Resolución de 26 de octubre de 1973, "Boletín Oficial del Estado" de 8 de noviembre de 1973.)

Hechos.—Resultando que por escrituras otorgadas ante el Notario del Puerto de Santa María, don Vicente Piñero Carrión, el 9 de diciembre de 1971, don José Luis González Obregón constituyó hipoteca voluntaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley, sobre varias fincas de su propiedad que se describían, en garantía del cobro a su vencimiento de diferentes letras de cambio que igualmente se relacionaban, en favor de las financieras indicadas; que en la cláusula 6.ª de las escrituras se dice que "A efectos de la acción hipotecaria se señala como vencimiento el de las letras de cambio reseñadas. De este modo, cada tenedor podrá ejercitar la acción hipotecaria con arreglo al artículo 155, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, por el importe de la letra y suma adicional correspondiente por gastos y costas. 1) Vencimiento anticipado: Los tenedores de las cambiales reseñadas podrán ejercitar la acción hipotecaria antes de los expresados términos por estipularse expresamente que quedará vencida la hipoteca en cualquiera de los casos siguientes: a) Si una de las cambiales no fuera satisfecha a su vencimiento y protestada por falta de pago, lo cual dará lugar al vencimiento anticipado de las demás. b) Si el hipotecante no asegurase contra incendios o destrucción el inmueble hipotecado y por un valor no inferior a la suma garantizada. c) Si la finca hipotecada sufriere en cualquier momento, y por cualquier causa, menoscabo o depreciación que llegase a alcanzar un treinta por ciento del valor que se le atribuye en esta escritura, según informe del perito que designen los tenedores, y el deudor no aumentase la garantía a satisfacción de los mismos, en el término que éstos señalaran. d) Si el hipotecante o cualquier adquirente de la finca hipotecada dejase de pagar puntualmente alguno de los impuestos que la grava, o el seguro de incendios en su caso, o incumpliera los deberes de conservación. e) Por infringir el hipotecante cualquiera de las estipulaciones pactadas en

la presente escritura. 2) Serán inmediatamente exigibles las obligaciones si sobre la finca resultase carga o gravamen no declarado en esta escritura, en cuyo caso se considerará también vencida la hipoteca", y que los apartados 1 y 2 de la cláusula 9.^a dicen lo siguiente: "1) Los tenedores de las cambiales garantizadas podrán utilizar el procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria. 2) De acuerdo con lo establecido en el artículo 155, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, podrá procederse a la ejecución aislada o parcial, de la hipoteca por razón de las cambiales que hayan ido a la ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto de las demás y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario".

Resultando que presentadas en el Registro primeras copias de las mencionadas escrituras, fueron calificadas por el titular de la oficina con notas del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del título que precede por el defecto que se estima insubsanable, de no aparecer admitida y regulada en nuestro Derecho la llamada hipoteca cambiaria por cuanto, las letras de cambio, son títulos de naturaleza diferente a las obligaciones endosables a que se contrae el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y no reunir los requisitos exigidos imperativamente por dicho precepto y el artículo 247 de su Reglamento, entre los cuales se destaca la necesidad de que, siendo talonarios, tengan doble matriz, una de las cuales habrá de quedar depositada en este Registro de la Propiedad. En todo caso, subsidiariamente y con independencia de la razón básica y general anterior, se estimarían denegables los pactos contenidos en las estipulaciones sexta, en cuanto regula vencimientos anticipados, y la novena, en sus apartados 1.º y 2.º, por ser contrarios a las normas mercantiles y procesales que regulan tales materias. Además se hace constar a los efectos oportunos que naturalmente ha de devolverse a este Registro e inscribirse previamente la escritura de agrupación y declaración de obra nueva que figura presentada y reiterada, bajo el número 825, al folio 168 del tomo 58 del Diario, con fecha diez de diciembre último, cuyo asiento está en la actualidad vigente".

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra las anteriores calificaciones y alegó: Que la Ley Hipotecaria de 1861 no dio cabida a las hipotecas por títulos transmisibles mediante endoso, pero más para atender a las necesidades del comercio, la de 1869 cambió de criterio y reguló este tipo de hipotecas que completó la Ley de 1909; que a pesar de las diferencias existentes entre las letras de cambio y los títulos-obligaciones endosables, es opinión de la mayoría de los tratadistas que la hipoteca de aquéllas debe comprenderse en la regulación que establecen los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento; que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento confirma tal criterio al referirse su artículo 7 a las letras de cambio y remitirse a la regulación establecida en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria general, que lo dicho debe desvanecer cualquier duda que pudiera tenerse; que la doctrina y la jurisprudencia italiana han resuelto la cuestión en la forma señalada, con la que están conformes la mayoría de los Notarios y Registradores de nuestro país; que la estipulación 6.^a de las escrituras calificadas es perfectamente lícita de acuerdo con lo establecido en el

artículo 1.255 del Código Civil, y no contraría por supuesto ninguna norma mercantil o procesal; y que la estipulación 9.ª se limita, en su apartado 1.º, a fijar el procedimiento para la ejecución de la hipoteca autorizada por los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria y en el 2.º a cumplir lo establecido en los artículos 155 de la propia Ley y 227 de su Reglamento que señalan el procedimiento a seguir para hacer efectiva la acción nacida de los títulos, tanto nominativos como al portador.

Resultando que el Notario autorizante de las escrituras, informó: Que éstas fueron redactadas, según minuta presentada por los otorgantes, que fue estimada legal y adecuada para resolver el problema económico y moral que se le presentaba al hipotecante; que no puede afirmarse que nuestro Derecho no admita la hipoteca en garantía de letras de cambio, porque expresamente lo hacen la Ley de Hipoteca Mobiliaria y los artículos 150 y 154 de la Hipotecaria general al referirse a las que se constituyan en garantía de títulos transmisibles por endoso, dentro de cuyo ámbito queda integrada como una subespecie o modalidad singular la hipoteca que la doctrina llama cambiaria; que lo que ocurre es que el legislador al regular las condiciones de dicha hipoteca en el párrafo 2.º del artículo 154 y en el 247 de su Reglamento, ha contemplado únicamente los préstamos formalizados mediante la emisión en masa de obligaciones representadas por títulos valores y por ello habla de serie o series a que correspondan las obligaciones y de que los títulos han de ser talonarios con doble matriz; que esto no quiere decir que rechace y prohíba las hipotecas en garantía de títulos a la orden, de características diferentes y consideradas de forma singular como la letra de cambio que es el más generalizado y al propio tiempo el más perfecto de los títulos de dicha clase; que para ello sólo es preciso adecuar estas hipotecas a las peculiaridades del citado título valor consignando en la escritura los requisitos necesarios con objeto de que queden claramente determinados los elementos de la relación jurídica constitutiva del derecho real de hipoteca, a la cual le serán aplicables los artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria con las oportunas adaptaciones; que salvo la indicación de que los títulos han de ser talonarios y con doble matriz, requisito que sólo es aplicable a la emisión en serie, todas las demás condiciones exigidas por los preceptos aludidos son aplicables a la hipoteca cambiaria y se han cumplido, directa o analógicamente en los títulos cuya inscripción ha sido denegada; que así, en cuanto a los elementos personales, las hipotecas han quedado constituidas por el aceptante de las cambiales a favor del librador, quien, al formalizar las escrituras, resultaba ser el primer tenedor de las mismas, señalándose de forma expresa que no se constituye sólo a su favor, sino también al de los sucesivos tenedores o endosatarios legítimos, entendiéndose conforme permite el artículo 150 de la Ley, que el Derecho hipotecario se transferirá con el título sin necesidad de notificación al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro; que de esta forma ha quedado cumplido el requisito del párrafo 2.º del artículo 54 de la Ley Hipotecaria; que igualmente han quedado señaladas las circunstancias que el citado párrafo indica relativas al número y valor de las obligaciones que garantiza la hipoteca, así como el plazo y forma en que han de ser cumplidas, la fecha o fechas de su emisión y las demás que sirven para deter-

minar las condiciones que individualizan las letras; que como la creación de la cambial precede a la constitución de la hipoteca, ya que este Derecho real necesita ser inscrito para nacer, no le puede ser anticipadamente aplicable el último párrafo del referido artículo 154, en cuanto exige que en los títulos consten los datos de la inscripción registral de la hipoteca, pero sí las demás exigencias del mismo; que, en consecuencia, se han observado en estas escrituras las previsiones legales necesarias para que queden válidamente constituidas; que por otra parte, de la lectura de las estipulaciones puede apreciarse que ha existido un especial cuidado en que los tres elementos de la relación jurídica hipotecaria—titular, obligación garantizada y finca—queden perfilados de presente y para el futuro, con gran claridad, a fin de acercar lo más posible la configuración de estos gravámenes a la hipoteca normal y corriente; que, en resumen, todas estas características de las escrituras calificadas hacen que sean perfectamente viables, estén acomodadas a los preceptos legales y sean inscribibles en el Registro de la Propiedad; que la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 sanciona, en su artículo 7.º, la constitución de prenda e hipoteca en garantía de letras de cambio con los requisitos que se establecen en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria general; que, por consiguiente, la misma Ley de Hipoteca Mobiliaria, al referirse a la general, refuta el argumento de la inaplicabilidad de los preceptos de ésta a la constituida en garantía de títulos transmisibles por endoso; que si se admite la hipoteca mobiliaria e incluso la prenda sin desplazamiento en garantía de letras de cambio, no parece lógico que se rechace la seguridad más perfecta que supone la garantía inmobiliaria; que al admitir la Ley de hipoteca cambiaria, lo único necesario es configurarla de la manera más conveniente mediante la consignación de unas estipulaciones especialmente ajustadas a su naturaleza jurídica, a fin de que su constitución, desenvolvimiento, cancelación y ejecución en su caso, se efectúe con la mayor eficacia y seguridad; que en relación con la referencia de la nota a la cláusula 6 de la escritura que regula los vencimientos anticipados, procede señalar que el pacto es lícito, tiene su acogida en el artículo 1.255 del Código Civil y su uso es frecuente en las escrituras de hipoteca, especialmente en las constituidas a favor de organismos oficiales de crédito, bancos y cajas de ahorro, sin que ello contraiga normas positivas de ningún género; que por lo que atañe a la cláusula 9.ª de las escrituras en su primer párrafo, no existe obstáculo para pactar el procedimiento señalado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, precisamente porque estas hipotecas se han constituido por un crédito fijo—importé de la letra y costas determinadas—que se hace constar en la inscripción registral; que las razones por las que la Dirección de los Registros negaba en algunas resoluciones el procedimiento judicial sumario, no tienen aplicación a estas hipotecas, sino a las de máximo, en las cuales el crédito garantizado debía probarse y concretarse por medios extrahipotecarios; que la doctrina hipotecaria más moderna explica que, aunque se hubiese constituido el gravamen garantizado no sólo las letras, sino sus posibles renovaciones, es utilizable el procedimiento sumario si se logra el amparo registral de la renovación, bien por medio de certificación bancaria, bien mediante documento público que se anoten en el Registro; que con ella esta hipoteca no sólo garantiza la primera letra, sino también

sus posibles renovaciones, con lo que presta un gran servicio al crédito mercantil; que el argumento de que el párrafo 1.º del artículo 155 de la Ley Hipotecaria se refiere sólo a los títulos nominativos y al portador, implica una interpretación gramatical tan estricta que racionalmente no puede aceptarse como excluyente de los endosables; que en cuanto al párrafo 2.º de la cláusula 9.ª, aunque se considere que la hipoteca es única por todas las letras en conjunto, hay que considerar aplicable el párrafo 2.º del artículo 155 de la Ley Hipotecaria por encontrarnos ante un crédito mancomunado en el que cabe la ejecución aislada o parcial de las cambiales con su subsistencia de la hipoteca con respecto a las demás conforme a lo dispuesto en el artículo 227 del Reglamento Hipotecario, debiendo preverse en las escrituras este extremo, como así se ha hecho; que la hipoteca en garantía del pago de letras de cambio está plenamente admitida por la doctrina y la práctica mercantil española y se halla extendida por todas las regiones, especialmente en las industriosas comarcas catalana y levantina; que incluso el mismo Notario informante ha autorizado alguna en su anterior residencia, que se inscribió sin dificultad en el Registro Mercantil correspondiente; y que si bien es misión de la doctrina y en especial de la jurisprudencia procurar que lo moralmente lícito y conveniente sea legal, también corresponde esta misión al jurista práctico, enraizado en la vida, que es siempre más variada que la Ley, por lo que el Notario, al autorizar actos y contratos, debe buscar, al amparo de las normas legales, que la situaciones que se repiten en la práctica profesional alcancen su plena validez y lleguen algún día a conseguir su regulación legislativa, como pone de manifiesto la Resolución de 16 de junio de 1936, que resalta la conveniencia de facilitar la constitución de estos tipos de hipoteca, que suponen un gran beneficio social.

Resultando que el Registrador interino del Puerto de Santa María informó: Que a la vista de los artículos 154 de la Ley Hipotecaria, 247 de su Reglamento, 21, núm. 10, 186 y 200 del Código de c., resulta clarísimo, por lo que no hay lugar a otra interpretación, que la hipoteca regulada por el primer precepto citado es la constituida en garantía de obligaciones hipotecarias transferibles por endoso o al portador, cosa distinta de las cambiales; que no existe ninguna resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre algún caso igual al planteado; pero las de 10 de noviembre de 1925 y 18 de enero de 1939, puntualizan las claras diferencias existentes entre las citadas clases de hipoteca; que la doctrina científica ha señalado también las diferencias existentes entre las citadas clases de hipoteca; que la doctrina científica ha señalado también las diferencias que hay entre la hipoteca de letras de cambio —con los problemas que supone su descuento— y la de otros títulos a la orden o al portador; que la regulación legal de las hipotecas en garantía de obligaciones transferibles por endoso o al portador, más que a necesidades del comercio se debió al hecho de haberse dictado previamente una Orden reguladora de las inscripciones de ferrocarriles y demás obras públicas, como asimismo del procedimiento por el que habría de regirse su ejecución; que la referencia al artículo 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria es improcedente, pues supone prescindir de la trascendental diferencia existente entre leyes generales y especies; que a mayor abundamiento, la citada Ley especial se remite a la

general en caso de insuficiencia de sus preceptos y en cuanto sea compatible con la naturaleza de lo bienes muebles y lo prevenido en su regulación específica; que la genérica a la doctrina de jurisprudencia italiana tampoco es oportuna por ser su sistema hipotecario distinto al nuestro; que, aunque haya Notarios que autoricen escrituras del tipo de las calificadas y Registradores que las inscriban, ello no es costumbre en el lugar de su residencia; que las normas reguladoras de la letras de cambio son intangibles, por lo que no pueden pactarse estipulaciones contrarias a las mismas, referentes a vencimiento y pago, que afecten a terceros, como se hace en las escrituras calificada; que el artículo 1.255 del Código Civil no puede amparar tales cláusulas, mas si se tiene en cuenta lo dispuesto en el 1.257 de que los contratos sólo producirán efectos entre las parte contratantes y sus herederos; que respecto al procedimiento establecido para la ejecución sumaria de la hipoteca, hay que tener en cuenta que la garantía no puede derogar las características propias de este título cambiario, entre ellas que el aceptante puede oponer todas las excepciones que le asistan al exigírsele jurídicamente su pago, y que se trata de un documento transmisible sin el menor control de firmas y con posibilidad de existir varios ejemplares, duplicados de la letra, etc., y finalmente que, ratificándose en su denegación, reconoce la brillantez del alegato del Notario autorizante de las escrituras y la conveniencia de una regulación específica en materia tan compleja.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por recurrente y Notario y el nuevo titular del Registro se alzó de la decisión presidencial haciendo suyas las notas calificatorias de su precedente y el informe del Registrador interino, insistiendo en la falta de regulación de la llamada hipoteca cambiaria, en la necesidad de dar auténticas garantías al tráfico jurídico y en que la reiteración de ciertos usos no puede enervar la vigencia de preceptos legales destinados a reglamentar especiales figuras del derecho real de hipoteca.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión central planteada en la nota de calificación obliga a resolver en primer término si cabe encuadrar en la práctica de nuestro ordenamiento jurídico la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio, no obstante aparecer explícitamente reconocida su admisibilidad, con posibilidad hasta ahora meramente teórica en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria y en el 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.”

“Considerando que indudablemente este tipo de hipoteca ofrece, dentro de las hipotecas en garantía de títulos de crédito especiales, peculiaridades debidas a las características del mismo crédito garantizado, puestas de relieve en diversas Resoluciones de este Centro, como pueden ser, entre otras —y sólo a título de ejemplo— la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales, y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que hayan podido realizarse o a través las incidencias derivadas de la renovación de la cambial o, por último, las que pueden presentarse en la fase de ejecución, y en general una falta de evidencia si no se ha matizado o regulado bien la garantía, que puede inducir a errores a los terceros y tenedores de las citadas letras de cambio.”

“Considerando que, por todo lo expuesto, no es extraño que hayan sido

vistos con cautela y disfavor por esta Dirección General los contados casos en que se ha planteado en recurso gubernativo su inscribibilidad, sin perjuicio de, no obstante reconocer, también en un plano de mayor generalidad, como ya declaró la Resolución de 16 de junio de 1936, lo conveniente que fuera facilitar la constitución de estas hipotecas en atención a las exigencias del tráfico mercantil, con una prudente flexibilidad, "porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño en la economía nacional."

"Considerando, por tanto, que siempre que no se produzca una infracción de las normas legales y, por otra parte, resulten salvaguardados los principios hipotecarios—lo que no sucedía en los casos examinados por este Centro con anterioridad a este expediente—no debe haber obstáculo para que, en principio, pueda inscribirse una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente, ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho, a través de su actividad creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal."

"Considerando que, examinado ya el defecto de carácter general de la nota, procede pasar a examen de los más particularizados, a saber: a) La necesidad de dar cumplimiento al depósito en el Registro del Libro-talonario, mencionado evidentemente para otro supuesto más general en el artículo 154 de la Ley; b) La no inscribibilidad del pacto que establece el vencimiento anticipado de la hipoteca, si se deja de satisfacer una de las letras de cambio, y c) La posibilidad de que este caso concreto pueda ser ejercitado el procedimiento judicial sumario del artículo 129 de la Ley Hipotecaria."

"Considerando que aun cuando el artículo 154 de la Ley Hipotecaria establece para la constitución de hipotecas con garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, que éstos habrán de ser talonarios, no hay duda que tal exigencia no cabe respecto de las letras de cambio, dados los términos del artículo 444 del Código de Comercio, así como tampoco cabe el hacer constar los restantes requisitos de identificación como la serie, amortización, etc., ya que la incompatibilidad entre ambos textos legales es tan manifiesta que claramente indica que el artículo 154 de la Ley se refiere exclusivamente a los títulos al portador, y no ha podido comprender dentro de su contexto a las letras de cambio, pese a resultar mencionada, y en su consecuencia, lo que cabe hacer por vía de analogía, para suplir esta falta de regulación, es reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengán a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho en el documento calificado, y a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro."

"Considerando, en cuanto al pacto contenido en la estipulación 6.ª, acer-

ca del vencimiento anticipado de la hipoteca, si no se satisficiera una de las cambiales, es indudable que, dado el carácter imperativo que tienen las normas de Derecho cambiario, fundamentado en la protección de los derechos en juego, parece que tal pacto entre librador y librado puede afectar a los derechos del principal interesado, el tenedor—que en este caso es además acreedor hipotecario—, ya que no hay que olvidar que, al tener cada letra una vida independiente de las restantes, y poder ser o no endosable, lo que puede dar lugar a la existencia de distintos tenedores, podrían éstos ignorar que, por falta de pago de una letra de vencimiento anterior, la hipoteca había quedado vencida, todo lo cual desautoriza inscribir un pacto de esta clase, si bien siempre podrá el presentante solicitar la aplicación del artículo 434-2.º del Reglamento Hipotecario, y que se inscriba el título sin comprender el contenido de la cláusula que se rechaza.”

“Considerando, en cuanto al último de los defectos subsidiarios señalados en la nota, es decir, el pacto de utilizar el procedimiento judicial sumario para hacer efectiva la acción hipotecaria, que el artículo 155 de la Ley menciona sólo en los casos de títulos nominativos y al portador, pero silencia respecto del supuesto de títulos a la orden, y que puede presentar la dificultad, puesta de relieve en la Resolución de 16 de junio de 1936, acerca de la determinación de la cantidad a reclamar, no parece haya de estimarse como tal defecto en este caso, puesto que en la cláusula 9.ª de la escritura, donde se establece el susodicho pacto, se determina con exactitud dicha cantidad básica sin posibilidad de variación y sin necesidad de acudir a medios externos para su determinación, y al constar en los libros registrales, tienen los terceros conocimiento exacto de la misma.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado, salvo en lo relativo a la cláusula 6.ª de la escritura, cuya inscripción no procede.”

Consideraciones críticas.—En la presente Resolución se viene a plantear de nuevo la ya discutida cuestión de la posibilidad jurídica de la llamada “hipoteca cambiaria”, aparte de otros puntos en torno a cláusulas que se estiman improcedentes para figurar en los libros registrales. En sustancia éstos son los dos temas que hace surgir el Registrador en su calificación y que nos van a servir para sistematizar estas notas.

a) *Hipoteca cambiaria.*—Es curioso cómo el valor y fuerza que en sí lleva la letra de cambio necesita ser reforzado en el mundo del comercio mediante figuras jurídicas que fortalezcan la seguridad que ese título valor representa. A la típica figura mercantil del aval, traducción comercial de la fianza, se le une la garantía inmobiliaria de la hipoteca. Se produce así una especie de “superposición” de garantía que da mayor valor o, por lo menos, mayor seguridad y permite una negociación anticipada de la letra y un manejo inmediato de numerario. A medida que los efectos cambiarios se multipliquen, que las posibilidades del crédito sean menores y que la movilidad del dinero sea imperiosa, se reproducirán los casos de estas letras garantizadas con hipoteca.

Mientras estas necesidades comerciales y de política económica parecen aconsejar la revitalización de la figura de la “hipoteca cambiaria” el campo doctrinal que se ha ocupado del problema no está muy de acuerdo en su

encaje legislativo y en la normativa que debe regirla. Aquí, a modo de síntesis recordativa, debemos destacar los esfuerzos doctrinales de don JERÓNIMO GONZÁLEZ ("Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", 1948, II, página 104) para la construcción latina de la figura, el importante trabajo de J. SAPENA ("Hipoteca cambiaria", en *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, II, página 249), la aportación clara y sistemática de R. ROCA SASTRE ("Variaciones sobre la hipoteca cambiaria". Estudios Jurídicos Varios, Volumen I, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, páginas 239 y ss.), las precisiones de GUIMERA PERAZA ("Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1954, página 139), las sugerencias de PÉREZ JOFRE ("Letra de cambio e hipoteca", *Nuestra Revista*), a las que en la actualidad hay que añadir el trabajo que presenta al II Congreso de Derecho Registral EMILIANO CANO FERNÁNDEZ ("La Hipoteca cambiaria", Centro de Estudios Hipotecarios, Ponencias y Comunicaciones, Tomo I, Madrid, 1975, págs. 575 y ss.) muy mediatizado por las opiniones que a este respecto sustenta CAMY SÁNCHEZ CAÑETE ("Comentarios a la legislación hipotecaria", Tomo VI, página 575). También me hubiera gustado hacer la cita de una importante conferencia pronunciada sobre el tema por Pío CABANILLAS GALLAS en alguna de las Semanas de Derecho Financiero, pero la reorganización de ficheros me impide en estos momentos hacer la precisión exacta del trabajo, aunque existe.

Posturas positivas frente a la admisión y regulación de esta hipoteca pueden ser las de SAPENA, GUIMERA PERAZA y ROCA SASTRE, apoyadas a última hora por esa referencia que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento hace a la figura en su artículo 7.º. Parecen discrepar CAMY al tropezar con ese tremendo inconveniente de que los títulos garantizados —además de ser transmisibles por endoso o al portador— deben tener doble matriz y ser talonarios. Es prácticamente el obstáculo registral o defecto que el Registrador que se ocupa del caso de esta Resolución viene a plasmar en su nota. En el trabajo que el II Congreso Internacional ofrece nuestro compañero CANO FERNÁNDEZ se refleja esta misma inquietud, estimando forzada la postura admisible de la figura y apoyando su opinión en un estudio serio de la evolución histórica de su aparición.

Es curioso cómo las afirmaciones que se apoyan en elementos históricos pueden tener resquicios que desmientan las mismas, sobre todo cuando la documentación manejada no es la precisa. CANO FERNÁNDEZ afirma que en la Exposición primitiva de la Ley, ni en la evolución posterior no se recoge la figura, mientras que FERNÁNDEZ CABALEIRO ("Comentario a la Resolución de 26 de Octubre de 1973", *Rev. Cr. D. Inmobiliario*, núm. 501, página 338) demuestra que en la fase de elaboración de la Ley de 1909, concretamente en el proyecto presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, don Juan Armada López, se establece una norma exactamente igual en su redacción al artículo 154 de la Ley vigente, *excepto en cuanto a la exigencia de que los títulos habrán de ser talonarios*.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su doctrina, que es lo que aquí verdaderamente interesa, no es muy "uniforme", pues de una especie de prevención contra la figura reflejado en las Resoluciones de

10 noviembre 1925 y 18 enero 1939, se pasa a una condescendencia que mantiene la de 16 junio 1936 y que cobra casi carta de naturaleza en la que estamos comentando. La Resolución de 26 de octubre de 1973 destina varios considerandos a la figura y se pronuncia favorablemente a ella.

Se me antoja pensar que la Resolución en sus primeros cuatro considerandos refleja un criterio progresivo de admisión de la figura, pero sin, que los mismos proyecten esa importante construcción jurídica que se desplaza, en una especie de delegación de funciones, a "la actuación de Notarios y Registradores, que como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho; a través de su actitud creadora y calificadora, al configurar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal". Decir que los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria admiten "con posibilidad hasta ahora meramente teórica" y explícitamente en la Ley de Hipoteca Mobiliaria, añadir las dificultades ya puestas de relieve en otras resoluciones y la conveniencia de su admisión, es decir bien poco en el sentido constructivo de la figura.

Entiendo que donde verdaderamente la Dirección carga su fuerza "explosiva" para justificar su postura es en el Considerando sexto, donde demuestra que esa especie de montaña que parece descubrirse en la letra—tremenda letra— del artículo 154 de la Ley Hipotecaria con su exigencia de talonarios, series, plazos de amortización, autorizaciones, etc., no puede tener aplicación real a las letras de cambio —títulos endosables—, sino que se están refiriendo especialmente al campo de las obligaciones, pudiendo en base de razones "análogas" y para suplir la falta de regulación "reseñar en la escritura de constitución los datos y circunstancias que vengán a individualizar e identificar las cambiales, tal como se ha hecho en el documento calificado, y a su vez, en cada una de las letras de cambio expresar sucintamente los datos de constitución de la hipoteca, bajo la fe notarial, para que de esta manera la identificación sea completa y quede formalmente conectada con el Registro".

En unas notas que hice en su momento oportuno sobre este tema discrepaba de esta última afirmación de la Dirección (y hasta incluso creo recordar que había redactado un proyecto de artículos reglamentarios en este sentido), pues a mi entender la labor "constructiva" y colaboradora que la Dirección ofrecía al Registrador no debía limitarse en la recepción pacífica del documento, sino que su colaboración debería hacerse efectiva haciendo constar al dorso de la letra de cambio —en forma de certificación abreviada— los datos de la inscripción y la fecha, Notario autorizante de la escritura.

b) *Cláusulas improcedentes*.—Dos son los pactos que ofrecen dificultades teóricas para su admisión en el Registro de la Propiedad. El primero es el referente al que establece el vencimiento anticipado de la hipoteca, si se deja de satisfacer una de las letras de cambio y el segundo, consecuencia del anterior, la posibilidad de que pueda ser ejercitado el procedimiento judicial sumario del artículo 129 para ese caso concreto.

La gran ventaja y garantía que para el acreedor representa la falta de distribución del crédito, pudiendo repetir por la totalidad de la suma asegu-

rada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez, no sólo tiene la contrapartida o limitación de la distribución acordada, sino el fraccionamiento que impone el pago independiente de cada letra de cambio. En este sentido —si se admite la figura— hay que entender el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

Esta viene a ser la idea —jurídicamente correcta— en la que se mueve la Dirección General. Cuando se constituye una hipoteca en garantía de varias letras de cambio, existen tantas hipotecas como letras y su pago, protesto y consecuencias no puede estar relacionado jurídicamente con las demás. Se trata, en efecto, de una deuda única, pero al estipularse su fraccionamiento de pago en diversas letras de cambio ha entrado en funciones el artículo 1.169 del Código civil con su admisión de pago parcial. Creo que esta construcción podría simplificar muchas de las escrituras de distribución de responsabilidad en la compra de pisos de bloques o edificios hipotecados en conjunto.

La Dirección General margina el problema de la distribución de responsabilidad y de lo que verdaderamente se preocupa es de evitar que la incidencia del vencimiento y no pago de una de las letras pueda repercutir en el vencimiento anticipado de las demás, cosa que sería tremendamente peligrosa en títulos en los que el endoso y la existencia de diversos tenedores de las mismas quedarán en la ignorancia de un vencimiento anticipado provocado por el impago de una letra. Aparte que ello supondría ir en contra del principio de “literalidad” que preside la forma característica de las letras de cambio.

La fórmula guarda cierta semejanza con aquella estipulación en la que en garantía del precio aplazado, representado por diversas letras de cambio, se pacta la condición resolutoria explícita por falta de pago y otra muy distinta el que por falta de pago de cualquiera de las letras se “anticipe el vencimiento de las demás”. Al tratar de introducir el esquema de la condición resolutoria en la figura de la hipoteca cambiaría se ha desconocido el principio de “literalidad” de la letra, el pacto de admisión de pagos parciales y la distribución de responsabilidad que ello lleva consigo. La condición resolutoria podría afectar al contrato en sí, pero no a los plazos de vencimiento de las letras.

La solución que la Dirección General da para la posible admisión de la inscripción de la hipoteca, prescindiendo de la cláusula citada, es la que señala el párrafo segundo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario y del que en la práctica se hace un uso muy corriente, sobre todo en ese empeño de hacer constar en los préstamos hipotecarios de Cajas de Ahorro las cláusulas de estabilización tanto referidas al capital como a los intereses. Se inscribe la hipoteca y el presentante se conforma y consiente en que no se constate el pacto contrario a Ley.

Queda, por último, el problema del pacto de ejecución de hipoteca y procedimiento utilizable. El pacto establecía que los tenedores de las cambiales podrán utilizar el procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, lo cual, en principio, parecía contradecir el artículo 155 de la misma, que sólo permite dicho procedimiento en los casos de títulos

nominativos o el portador, pero no en los a la orden y crear el problema de la dificultad de la determinación de la cantidad a reclamar; en el presente caso no sucede, puesto que la cláusula novena determina con exactitud dicha cantidad sin posibilidad de fijarla por otros medios externos.

Es curioso cómo CANO FERNÁNDEZ, en el trabajo antes dicho, se siente poco satisfecho, porque la doctrina hipotecarista utiliza el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria para defender la posibilidad de la "hipoteca cambiaria" y al abordar el tema del procedimiento de ejecución utiliza el artículo 15 de dicha Ley, que al remitirse a los 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, comprende en su letra los títulos al portador o transmisibles por endoso.

COMRAVENTA DE CASA BARATA.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE UNA CASA DE LAS LLAMADAS BARATAS SIN HABER SIDO PREVIAMENTE DESCALIFICADA, DE ACUERDO CON LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3.^a Y 4.^a DEL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1963. (Resolución de 27 de octubre de 1973. "Boletín Oficial del Estado" de 12 de noviembre de 1973.)

Hechos.—Resultando que don José y don Vicente Colomer Gii, dueños de una y dos terceras partes, respectivamente, de una casa barata, sita en Játiva y adquirida por herencia de su padre, vendieron la totalidad del inmueble, el número 15 de la calle de Matías Montero, a don Juan Ordiñana Torres, mediante escritura autorizada por el Notario de dicha ciudad, don Emilio Garrido Cerdá, el 16 de diciembre de 1971.

Resultando que presentada en el Registro primera copia del anterior documento fue calificado con nota del tenor literal siguiente: "Presentada a las diez horas de hoy, con el número 1.686, del Diario 36, no se practica inscripción alguna porque se trata de venta de casa barata y no se ha obtenido previamente su descalificación. En efecto: 1.º Aunque el Decreto 21.31/1963 de 24 de julio aprobando Texto Refundido de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial deroga el Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 sobre Casas Baratas, ello es "Sin perjuicio del régimen transitorio" establecido por dicho Texto Refundido, en el cual figura la disposición transitoria 4.ª, que dice, "las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a cualquiera de los regímenes que por esta Ley se derogan, se someterán al régimen de uso, conservación, aprovechamiento y al sancionador, establecido por esta Ley, haciéndoseles extensivo en cuanto al plazo de duración de este régimen de uso, conservación, aprovechamiento y al sancionador, la excepción a que se refiere la disposición transitoria 3.ª". De donde se infiere que en todo lo que no atañe al uso, conservación, aprovechamiento y sancionador, se estará a lo que determine la calificación definitiva. Por tanto, sin previa descalificación o sin que transcurran los cincuenta años de la calificación de Casa Barata (Disposición transitoria 3.ª), no se puede vender libremente, sin los requisitos exigidos por la legislación especial de Casas Baratas. 2.º A mayor abundamiento, el Decreto 31 de marzo de 1944 sobre normas de descalificación, no aparece entre las varias disposiciones derogadas explícitamente por el citado Texto Refundido. Y, consiguientemente, de hecho, estas descalificaciones vienen concediéndose por la Administración Pública. No se practica tampoco ano-

tación preventiva por no haberse solicitado, siendo así que el defecto se subsanaría con sólo lograr la descalificación. Játiva, 1.º de abril de 1972.”

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la expresada calificación y alegó: Que en la legislación sobre Casas Baratas, amplia y un tanto confusa, constituía un texto fundamental el Real Decreto de 10 de octubre de 1924, que en sus artículos 10 y 11 prohibía su enajenación durante un período de cincuenta años; que el Decreto del Ministerio de Trabajo de 31 de marzo de 1944 dictó normas sobre desvinculación de viviendas protegidas, casas baratas y similares, y de él se deducía que la desvinculación facultaba al titular para venderlas, sistema que se utilizaba en la práctica, refrendado por la actuación de organismos oficiales; que con pausable criterio simplificador el legislador dispuso, al promulgar la vigente legislación sobre viviendas de protección oficial, que “sin perjuicio del régimen transitorio establecido en las disposiciones anteriores quedan derogados cuantos preceptos legales y reglamentarios se opongan a lo dispuesto en esta Ley y en especial las Leyes y Decretos que a continuación se relacionan: ... Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, de Casas Baratas...” (Disposición final derogatoria del texto refundido de la Ley, aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963); que el Decreto del Ministerio de la Vivienda de 24 de julio de 1968 que aprobó el Reglamento de la anterior Ley, incluyó también en un anexo, entre las disposiciones derogadas, diversas normas sobre casas baratas, entre ellas el Decreto de 31 de marzo de 1944 sobre desvinculación de casas baratas económicas y similares; que en un segundo anexo referente a disposiciones que quedaban vigentes no se menciona ninguna norma sobre casas baratas; que por ello hay que concluir que en la actualidad toda la legislación relativa a casas baratas ha sido derogada por la Ley de 1963 y su Reglamento de 1968, quedando sólo por examinar el alcance de la frase, “sin perjuicio del régimen transitorio establecido en las disposiciones anteriores...”, empleada en la cláusula derogatoria de la Ley de 1963; que para juzgar el alcance de esta frase hay que contemplar el conjunto de las disposiciones transitorias, entre las cuales la tercera se refiere a los expedientes en curso cuyo régimen continuará siendo el anterior y la cuarta a las viviendas calificadas definitivamente, cuyo régimen de “uso, conservación y aprovechamiento”, así como el sancionador, será el establecido en la nueva legislación, durante el plazo de su duración; que la interpretación correcta de esta norma debe ser que la nueva legislación es aplicable totalmente a las antiguas casas baratas, excepto en lo referente al plazo que continuará siendo el primitivo; que así viene a confirmarlo la disposición transitoria tercera al Reglamento al decir que “las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a cualquiera de los regímenes derogados por la Ley de viviendas de protección oficial, se someterán al régimen de uso, conservación y aprovechamiento y al sancionador establecido en la misma y en este Reglamento, considerándose como viviendas de protección oficial a todos los efectos, sin otra excepción que el plazo de duración de dichos regímenes será el establecido en las respectivas calificaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación anterior”; y que, como fundamentos de derecho, señala la disposición transitoria cuarta del Decreto de 1963 y la tercera del Reglamento de 1968.

Resultando que el Registrador informó: que está conforme con lo expresado por el Notario recurrente sobre la confusa legislación de casas baratas, que el Decreto de 31 de marzo de 1944 facultaba a los titulares de casas baratas para enajenarlas previa descalificación, y que este requisito era exigido en los Registros para inscribir la venta de las mismas; que tal Decreto no fue expresamente derogado por el texto refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963; pero, sin embargo, aparece entre las disposiciones explícitamente derogadas por el Decreto de 1968, que aprobó el Reglamento para la aplicación de la anterior Ley; que esto constituye evidentemente un fuerte argumento en el escrito del Notario recurrente, constituyendo, por otro lado, un chocante contrasentido que el mismo Ministerio que declara derogada una norma continúe dictando órdenes de descalificación de casas baratas, que como en el presente caso no se trata de un expediente iniciado al amparo de la legislación anterior sin que hubiera recaído en el mismo Resolución definitiva, estamos ante el supuesto de viviendas calificadas definitivamente, que encaja en la disposición transitoria 4.ª de la Ley de 1963, por lo que le son aplicables las normas de la misma referentes al “uso, conservación y aprovechamiento”, así como el régimen sancionador, pero no todo el régimen jurídico de las viviendas de protección oficial, como pretende el recurrente; que si el legislador hubiese querido hacerlo así lo hubiera dicho claramente, lo que resultaba más sencillo; que si les fuese aplicable todo el régimen de la nueva legislación, no tendrá sentido hablar del plazo anterior, ya que durante él no le sería aplicable nada de la antigua legislación; que cumpliendo el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ha examinado el contenido del Registro en relación con la finca cuya inscripción se pretende y entre otros asientos encontró la inscripción 3.ª al folio 108 del tomo 40 de Játiva, fechada el 7 de septiembre de 1961, que entre otras cosas dice: “Esta finca queda sujeta a las prescripciones contenidas en la legislación de Casas Baratas y especialmente a lo determinado en el artículo 10 del Real Decreto de 10 de octubre de 1924 y Decreto de 31 de marzo de 1944, ante la imposibilidad de ser transferida a título distinto de herencia o donación, sin autorización del Ministerio de la Vivienda, en un plazo de cincuenta años, a contar desde el 11 de julio de 1934”; que la inscripción 4.ª agrega que “la presente finca viene sujeta a las prescripciones contenidas en la legislación de Casas Baratas”; y que será discutible si esas frases debieron o no consignarse en el Registro, pero es evidente que una vez que constan escritos, el Registrador debe tenerlas en cuenta y más en un caso dudoso como el presente, pues según el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, “los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexistencia”.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que alegó que, ante las dificultades de la inscripción, el comprador pidió al vendedor que solicitase la descalificación, que éste así lo hizo y que la Administración contestó que quien debía pedirla era el nuevo

titular presentando la escritura “debidamente inscrita a su favor”, de donde resulta que no se inscribe si no está previamente descalificada y no se descalifica si no está previamente inscrita, lo que constituye un problema insoluble.

Doctrina.—“Considerando que al haber modificado el funcionario calificador su nota, que queda reducida a su apartado 1.º, este expediente se limita a determinar si para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de venta en la que el objeto transmitido es una de las llamadas antiguamente Casa Barata, se requiere o no que se obtenga su descalificación a través del procedimiento administrativo correspondiente.”

“Considerando que dentro de la abigarrada legislación sobre Vivienda de Protección Estatal, y para tratar de unificar las situaciones derivadas de la variedad existente, la Ley de 24 de julio de 1963, completada por el Reglamento de 24 de julio de 1968, derogaron entre otras las Disposiciones dictadas sobre Casas Baratas —Decreto-Ley de 10 de octubre de 1925—, así como la relativa a su desvinculación —Orden de 10 de mayo de 1944— y sometieron a las viviendas que se encontraban en este caso —según la disposición transitoria 4.ª— al régimen de uso, conservación, aprovechamiento y sancionador que en la misma Ley se establecía.”

“Considerando que de la lectura del anterior precepto resulta evidente que no cabe incluir la totalidad del régimen jurídico de las llamadas Casas Baratas dentro de la Ley de 1963, ya que ésta sólo afectará a los términos en que casuísticamente se expresa su mencionada Disposición transitoria 4.ª, sin que quepa ampliarlo a otros supuestos no enumerados en la norma legal, entre los cuales se encuentra el régimen relativo al poder de disposición, que salvo en los casos autorizados de donación y herencia habrá de requerir en consecuencia la previa descalificación de la vivienda, para poder ser transmitida legalmente.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador en cuanto al apartado 1.º, único objeto de debate.”

Consideraciones críticas.—Creo recordar que al filo de la publicación de la legislación de viviendas de protección oficial hice una recensión de un libro de cierta importancia en términos bastante elogiosos, aunque al autor no le parecieron suficientes, y en dicha recensión decía: “Examinada con proyección retrospectiva la legislación estatal sobre la vivienda, se ven claramente tres cosas: que se trata de una legislación profunda, con denominaciones poco originales y tardía en su aparición histórica; que el problema social de la vivienda sigue siendo una constante preocupación del poder legislativo, y que era preciso un estudio concienzudo de la materia para poner orden y claridad en todo ello. Recuerdo con auténtica angustia aquella pregunta del familiar del amigo, o del conocido que, en los sitios más insólitos, le cogía a uno del brazo y le decía: ¡hombre, tú que eres abogado!, ¿por qué no me aclaras un caso que me sucede con un piso que tengo acogido a la Ley Salmón?... Yo tenía un ejemplar de una publicación que hizo el “Boletín Oficial del Estado” sobre “Viviendas amparadas por el Estado”, del que se hicieron algunas ediciones posteriores. Pero era un ejemplar de mil y pico de páginas, bien concebido, que había que leerse entero, porque en cuanto

se cometía el menor descuido, la legislación aparecía derogada total o subsistente parcialmente.”

Creo que estas frases pueden servir ahora para situar el estado de duda en que el recurso coloca al Registrador y al Notario y que viene a confirmar la Dirección General al hablar de “la abigarrada legislación sobre Vivienda de protección estatal, y para tratar de unificar las situaciones derivadas de la variedad existente”. A mi memoria viene ahora el elogio que hacía en esa recensión de la obra comentada —elogio que por falta de humor del autor se trocó para él en crítica negativa— pensando que en la misma existía la garra suficiente para resolver los difíciles problemas de la subsistencia de normas. Parece ser que la obra no ha debido servir para tal fin, pues la Dirección General acusa el golpe de una falta de claridad. Yo ahora pienso de mi forma de recensionar aquella obra estaba equivocada. Su autor, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, exigía más profundidad y menos regocijo, aunque yo, como diría no hace mucho TORCUATO LUCA DE TENA, “No soy hombre porque pienso, sino porque sonrío...”

En el comentario que ofrece la solución que la Dirección General da al problema, juegan tres disposiciones decisivas: el Real Decreto de 10 de octubre de 1924, el Decreto de 24 de julio de 1963 y el Reglamento de 24 de julio de 1968, así como una disposición transitoria que se nos antoja clave para la solución. Creo que es la nota del Registrador la que precisa este punto: La Ley de 1963 deroga la disposición del año 1924, pero “sin perjuicio del régimen transitorio”, en el cual se establece que en todo lo que no atañe al uso, conservación, aprovechamiento y sancionador, se estará a lo que determine la calificación definitiva. Lo cual lleva a la necesidad del transcurso de plazo (cincuenta años) o a la descalificación definitiva para ser vendida.

Esta viene a ser la postura que adopta la Audiencia y que remacha la Dirección General al estimar que no cabe “incluir la totalidad del régimen jurídico de las llamadas Casas Baratas dentro de la Ley de 1963”, dejando fuera de ella el sistema relativo al poder de disposición, que exige la necesidad de la previa descalificación.

El problema así de simple es de los que afloran cuando un funcionario competente descubre esa “negligencia” legislativa producto de esa improvisación lanzada en su “motorización” normativa. La urgencia, la emergencia y la falta de valoración de lo que es importante mueven al legislador “de despacho” y así van surgiendo Decretos, Ordenes y disposiciones contradictorias. Y es curioso que este panorama legislativo, de torpezas, tropiezos y normas contradictorias nada refrenda ese afán de convertir todo el Derecho en público. Es necesario dejar peladas, casi sin raíces, las normas nobles del Derecho privado y hacer subir la bandera de lo Administrativo, con su seiva legislativa. Pienso que desde este campo de la Vivienda —pared por medio— está la legislación urbanística y creo que ha llegado el momento de precisar que su “ineficacia” o su “falta de aplicación” se debe a esa falta de visión conjunta de la legislación para tener el valor “jurídico” suficiente a la hora de dictar una norma o una disposición.

Casi sonrojo —y el hecho ya ha sido destacado por TIRSO CARRETERO—

causa el recurso del Notario autorizante de la escritura, en el cual se demuestra que el vendedor solicitó la “descalificación” y la Administración le contestó que el que la debía de pedir era el comprador, acreditando que la escritura la “tenía inscrita a su favor”. Este ejemplo que no es aislado puede hacer pensar al jurista que no ha llegado el tiempo aún de esa “madurez” que exige la interpretación, la aplicación y el manejo ejecutivo del Derecho. Hay que pensar en más cursillos acelerados, en más Universidades de Alcalá, en más durezas de programas y en más sentido común.

VENTA DE FINCA GANANCIAL.—ES INSCRIBIBLE LA VENTA HECHA POR EL MARIDO DE UNA FINCA GANANCIAL, Y EN EL QUE EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER APARECE REFLEJADO EN LA ESCRITURA POR LA FE DEL NOTARIO QUE ASEVERE QUE LA ANTERIOR ESCRITURA DE CONSENTIMIENTO UXORIS A FAVOR DEL MARIDO, OTORGADA CON CARÁCTER GENERAL, SE ENCUENTRA EN VIGOR POR NO EXISTIR EN EL PROTOCOLO Y AL MARGEN DE LA MATRIZ CORRESPONDIENTE .NOTA DE REVOCACIÓN. EL MARIDO TIENE ADEMÁS FACULTAD PARA SOLICITAR COPIA DEL CORRESPONDIENTE DOCUMENTO. (Resolución de 21 de noviembre de 1973. “Boletín Oficial del Estado” de 1 de diciembre de 1973.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Valencia el 19 de noviembre de 1971, ante el nombrado Notario, don José Salcedo Muñoz, constructor, casado, vendió a don José María Alventosa Perales, administrativo, soltero, y ambos mayores de edad, una vivienda, en el sexto piso, puerta 23 de un edificio sito en la mencionada ciudad, calle Carrera de Malilla, s/n., hoy Joaquín Benlloch, número 2, por el precio de 450.000 pesetas, en parte aplazado, haciéndose constar en la comparecencia que el señor Saicedo interviene, “además de por sí, haciendo uso del consentimiento bastante que asegura vigente, sin haberse alterado la capacidad de su esposa doña Carmen Marí Montiel, sin profesión, mayor de edad y de su misma vecindad y domicilio, otorgado por ella a su favor ante mí, el infrascrito Notario, en 24 de febrero de 1968 en el que aparece facultado para que pueda llevar a cabo toda clase de actos de disposición sobre inmueble o establecimientos mercantiles que tengan el carácter probado o presunto de gananciales de su matrimonio, pudiendo a tal fin, por sí o por ambos, otorgar toda clase de contratos y documentos públicos o privados..., sin que en lo restante exista algo que lo altere, limite o condicione, de lo que doy fe”.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del precedente documento en el Registro de la Propiedad de Valencia Oriente, por no acompañarse la escritura de consentimiento de la esposa a favor del esposo vendedor —que ha sido solicitada—, considerándose insuficiente el testimonio de la matriz que se transcribe, de la cual no aparece facultado el esposo para obtener copia de dicho consentimiento. Siendo el defecto subsanable, no se ha tomado anotación preventiva por no haber sido solicitada.”

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación a efectos puramente doctrinales y

alegó: Que la función calificadora de los Registradores de la Propiedad se limita en lo que atañe al presente caso a la legalidad de las formas extrínsecas del documento, no pudiendo entenderse comprendida la materia de quien tenga o no derecho a obtener traslados o copia de las escrituras matrices obrantes en el protocolo notarial, cuestión de la exclusiva competencia del Notario, único responsable por tanto de la decisión que adopte el particular; que es criterio de la Dirección General limitar el campo de la calificación del Registrador a la crítica de lo necesario para extender el asiento solicitado, evitando que sus facultades en este punto rebasen su responsabilidad (Resolución de 28 de abril de 1941); que conforme al artículo 224 del Reglamento Notarial tienen derecho a obtener copia todas las personas a cuyo favor resulte de las escrituras algún derecho y quienes acrediten a juicio del Notario tener interés legítimo en el documento; que corroborando este criterio de la Dirección General, en su Resolución de 17 de julio de 1963, ha declarado que todo problema de expedición de copia implica un ponderado juicio del Notario en el que se armonice el secreto del protocolo, la posibilidad de razonables perjuicios para los otorgantes de la escritura y el interés legítimo del peticionario; que éste es el criterio que debe ser aplicado al caso debatido; criterio que se refuerza si se tiene en cuenta que no puede equipararse al consentimiento uxoris al poder, razón por la cual no es aplicable el artículo 227 del Reglamento Notarial en su párrafo primero, que parece ser el criterio del funcionario calificador; que de asimilarse el problema a algún caso especial sólo cabría hacerlo a la expedición de copia de la licencia marital, de la cual la mujer casada podrá obtener las que desee, por lo que, recíprocamente, el esposo podrá conseguirlas del consentimiento de la mujer le tuviere dado, ya que ambas consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro (Resolución de 15 de marzo de 1972); y que en consecuencia, bien por aplicación de la regla general del artículo 224 del Reglamento Notarial, bien por aplicación analógica del 227, párrafo segundo, el traslado o copia de la matriz de un consentimiento uxoris librado en interés del marido para que pueda hacer uso del mismo, es conforme a la Ley y no debe denegarse la inscripción del acto dispositivo correspondiente.

Resultando que el Registrador informó: Que está conforme con que la declaración de voluntad de la esposa es suficiente para el acto dispositivo de que se trata; que también lo está en que la transcripción recogida en la escritura es igualmente bastante en cuanto recoge todo lo que interesa al caso planteado, pero al omitir que el esposo está facultado para obtener copias del documento reseñado surge la duda sobre la posibilidad de obtenerlas y sobre todo respecto a la vigencia de la autorización concedida al marido para enajenar los bienes gananciales; que a su juicio no puede equipararse la transcripción de un documento otorgado a favor de quien no está autorizado para obtener copias, a la presentación de la copia propiamente dicha; que la facultad calificadora de los Registradores se extiende no sólo a las formas extrínsecas de los documentos presentados, sino también a la validez de los actos dispositivos en ellos contenidos (artículo 18 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 14 de febrero de 1916, 20 de diciembre de

1952 y 17 de enero de 1951); que la Resolución de 17 de julio de 1963, que cita el recurrente, se refiere a una escritura de compraventa, de carácter inmutable, muy diferente a una de consentimiento que se puede revocar; que en cuanto al paralelismo que se establece entre la licencia marital y el consentimiento uxoris hay que tener muy en cuenta la reforma del artículo 1.413. del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, que alteró sustancialmente las facultades del marido respecto a la posibilidad de enajenar libremente los bienes gananciales, que son comunes; que la licencia marital responde a una concepción ya superada de la incapacidad de la mujer casada, mientras que el consentimiento uxoris obedece a un concepto moderno de igualdad entre marido y mujer en cuanto a la disposición de los bienes comunes o gananciales; que en el caso de una mujer disponente de sus parafernales, con o sin licencia marital, podrá disipar su propio patrimonio sin que por ello sufra el esposo más perjuicio que simples expectativas hereditarias o la sociedad de gananciales los frutos de los parafernales enajenados; que en el caso de disposición de bienes gananciales es evidente que la mujer se ve desposeída pecuniariamente de la mitad del valor de los bienes enajenados; que en el supuesto de que la enajenación recaiga sobre un edificio construido durante el matrimonio en un solar privativo de la esposa, el perjuicio es aún mayor, que la dudas surgidas en un principio en relación con estas diferencias han quedado desvanecidas por la Resolución de 15 de marzo de 1972 de la que se deduce que es más esencial el consentimiento de la mujer al marido que la licencia de éste a la esposa, todo ello en armonía con el espíritu que presidió la reforma del Código civil el 24 de abril de 1958; que desde el punto de vista formal, a falta de preceptos que regulen la prestación del consentimiento en el supuesto planteado, hay que acudir a las normas del Código civil y Reglamento Notarial que regulan análogas materias, como son el número 5 del artículo 1.280 del primero, los artículos 1.732 y siguientes del mismo texto legal referentes al mandato, de los que resulta especialmente la revocabilidad del poder, y el artículo 224 del Reglamento Notarial que habla —en cuanto a la petición de copias— de las personas a cuyo favor resulte algún derecho, extremo que escapa a la fe del Notario, ya que éste no puede acreditar la subsistencia, en todo caso, del consentimiento prestado; que la manera de acreditar ante el Registro tal subsistencia no puede ser otra que la presentación de la copia, que, obrando en poder del esposo, le faculta legalmente para actuar; que el testimonio o solicitud de quien hubiera estado facultado para obtener copias en el negocio jurídico de prestación del consentimiento, habría tenido sin duda, a estos efectos, el valor de una copia; y que, por tanto, al no resultar de dicho testimonio la facultad del marido para obtener nuevas copias, no puede conceder al testimonio inserto el mismo valor que a una copia, de donde nace la imposibilidad de practicar la inscripción del acto dispositivo contenido en la escritura calificada.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores alegaciones con matizaciones y ampliación de algunos.

argumentos, recalcando con referencia al auto, que el original de un documento tiene lógicamente más valor que su copia, y que la transcripción del mismo cuando figura en su protocolo acredita con mayor seguridad que una copia, su vigencia, al no figurar en la matriz ninguna nota que indique su revocación.

Doctrina.—“Considerando que autorizada una escritura de venta de un bien ganancial, en la que comparece sólo el marido vendedor sin presentar copia de la escritura en que conste el consentimiento uxoris para este acto, la cuestión a resolver en este recurso consiste en determinar si se encuentra extendida con arreglo a las prescripciones legales, y en consecuencia es inscribible la mencionada escritura, en la que esta falta de copia ha sido suplida por la inserción hecha por el Notario en la propia escritura de que en su protocolo existe la matriz del documento en que prestó el consentimiento y sin que en lo omitido haya nada que se oponga, contradiga o modifique lo transcrito.”

“Considerando que centrada la discusión del recurrente y funcionario calificador, en sus respectivos informes, acerca de si tenía o no el marido facultad para solicitar la expedición de la copia de la escritura, en la que la mujer presta con carácter general el consentimiento a los actos que el marido realice sobre bienes gananciales; quizá antes de entrar en esta materia parece conveniente examinar si la fórmula utilizada por el Notario en la escritura de compraventa calificada ofrece las garantías suficientes para entender completo el acto de disposición realizada.”

“Considerando, en efecto, que hay que reconocer que la forma en que se ha hecho constar la existencia del consentimiento uxoris en la escritura de venta —lo que autoriza el artículo 166 del Reglamento Notarial— supone la máxima garantía para los interesados, ya que el fedatario tiene a la vista el documento original, en el que de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del mismo texto legal, párrafo penúltimo, caso de revocación figuraría mediante nota al margen de la matriz esta circunstancia, y al indicarse por parte del Notario que no hay tal revocación, la fe pública cubre esta declaración de forma más completa incluso que si por el vendedor se presentase la correspondiente copia, que al poder estar expedida con fecha anterior, cabría la posibilidad de que después de su expedición su contenido hubiese sido modificado, restringido o revocado.”

“Considerando que con lo expuesto parecería innecesario entrar en el examen del resto del debate, pero no obstante ante la posibilidad de una revocación no formalizada del consentimiento uxoris a favor del marido, sin haber comparecido ante Notario para hacerlo constar en la correspondiente escritura pública, cabe plantearse la cuestión de si está autorizado o no el Notario para expedir copia a favor del marido, con arreglo a las normas vigentes del Reglamento Notarial.”

“Considerando que este texto legal mantiene en el artículo 227 dos posturas distintas: una de carácter general para el supuesto del mandatario, que sólo podrá obtener copia del poder si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello, y otra más especial, contenida en el segundo párrafo del mismo artículo, que permite a la mujer casada sacar cuantas copias desee

de las licencias maritales, tanto si son generales como especiales, salvo que el marido se lo hubiera expresamente prohibido.”

“Considerando que el caso debatido relativo a la escritura en que presta su consentimiento la mujer, no aparece expresamente regulado en la legislación notarial, pero el sentido e interpretación que al artículo 1.413 del Código civil viene dando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la de este Centro Directivo, que resaltan el estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital al consistir ambos en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, aconsejan seguir la norma establecida en el artículo 227-2.º del Reglamento Notarial, y que mientras no esté expresamente prohibido, pueda el marido obtener cuantas copias desee, por ser no sólo lo más congruente, sino que además y a mayor abundamiento quedan protegidos los intereses en juego, y no cabe que se beneficie formalmente del sistema, quien no acudió a los medios formales dictados para obtener el resultado digno de protección.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—La presente Resolución trae tres problemas enlazados que el Notario ofrece en su recurso a “efectos puramente doctrinales”. El primero es la amplitud de la calificación registral, y el segundo es de carácter formal en torno a los testimonios notariales, de los cuales se está haciendo “uso masivo” ante la avalancha documental; el último se refiere a la falta de encuadre del caso asimilable a un apoderamiento o a una licencia marital. Vamos a situar debidamente estos puntos no muy clarificados en la Resolución, pues en ella existe un pequeño desvío en torno a si existía o no derecho a obtener copia, cosa importante, pero en este juego simple consecuencia de decisiones más drásticas.

A) *Amplitud de la calificación registral.*—Creo que en este recurso, llevado con gran habilidad por parte del Notario autorizante sobre la base de una nota calificadora demasiado explicativa, se han distorsionado cuestiones, pues de la inevitable amplitud calificadora en torno a la condición y calidad del documento que acredite un consentimiento, se ha pasado a la cuestión secundaria, pero derivada de si un marido puede tener o no derecho a obtener copia del documento de consentimiento prestado por su esposa, caso sin claridad normativa y solucionado por la Dirección General en base de un criterio analógico discutidísimo.

¿Puede el Registrador en su calificación decidir la clase de documento hábil a los efectos de la inscripción e igualmente enjuiciar el derecho a la obtención de copia? El Notario recurrente es categórico en este punto: “La función calificadora de los Registradores de la Propiedad se limita en lo que atañe al presente caso a la legalidad de las formas extrínsecas del documento, no pudiendo entenderse comprendida la materia de quien tenga o no derecho a obtener traslados o copias de las escrituras matrices obrantes en el protocolo notarial, cuestión de la exclusiva competencia del Notario.” Es curioso que el Notario recurrente sabe perfectamente que eso no es cierto, pero lo alega e intuye su incertidumbre, puesto que al hacer la cita de la Resolución que pretende avalar su postura se da cuenta que encaja perfectamente en la pos-

tura contraria a la suya. Dicha Resolución de 28 de abril de 1941 dice en su segundo considerando que: "sin que se quiera cercenar en lo más mínimo la función calificadoras, el Registrador no puede fundar su negativa en el solo hecho de no haberse insertado íntegramente el poder, ni exigir copia de la escritura de mandato, *sin expresar las dudas o duda que tenga*, una vez cumplidas por el Notario, en el primer supuesto, las prescripciones reglamentarias en vigor". Aquí el Registrador estimó insuficiente el testimonio y fundó su duda en que "el marido no tenía derecho a pedir copia".

Que pertenece al ámbito de la función calificadoras este punto, no cabe la menor duda, pues si no hubiera sido así el recurso no hubiera prosperado y precisamente para ofrecer solución notarial al mismo es por lo que se centra en esta cuestión. La exclusividad de la función notarial —y esto lo sabe muy bien el Notario recurrente— en orden a la redacción del documento, daciones de fe en materia de capacidad, calificación del negocio, interpretación de la voluntad de las partes, etc., quedan siempre sometidas a la calificación, pues por mucha aseveración notarial que se haga de una capacidad cuando ésta no se estima viable por el Registrador sólo cabe la sumisión o el recurso.

Aparte de ello, es muy importante aclarar bien el supuesto, puesto que la obtención de un testimonio, cuando no se tiene derecho a obtener copia notarial, puede suponer una violación de normas legales que lleven consigo una superior consecuencia: la nulidad o anulabilidad de lo actuado. La apreciación notarial de ese derecho a obtener copias era y sigue siendo dudosa y su actuación al autorizar un testimonio bordea los límites de una actuación ilícita o, por lo menos, discutible. Ahora lo vemos.

B) *Los testimonios notariales por poder.*—Interesa mucho destacar, y esto también le consta al Notario recurrente, entre otras cosas porque ya se lo había explicado otro Notario con profundos conocimientos hipotecarios, que "el testimonio notarial no es documento inscribible, ya que son una simple reproducción del documento, pero no el documento mismo en que se funda inmediatamente el Derecho que se trata de inscribir". Lo dijo hace tiempo la gran autoridad de SANZ FERNÁNDEZ ("Instituciones de Derecho Hipotecario". Tomo II, Madrid, 1953, pág. 310). Bien es verdad que hacía la salvedad de que el testimonio podía servir como documento "complementario".

No me resisto a traer aquí aquella gran lección de Derecho práctico que el Registrador MARTÍNEZ SANTONJA ("Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción", 1950) diera en torno a la problemática de los testimonios: "Para ello, para acreditar en lo posible la certidumbre acerca de la subsistencia del poder, debe el apoderado presentar en cada una de sus actuaciones ante Notario, la copia fehaciente del poder que acredite su representación, estimándose insuficiente la presentación en la Notaría o en el Registro de un testimonio por exhibición de la copia fehaciente del poder, y esto por las siguientes razones: Primera. Porque la copia fehaciente del poder es el instrumento que el poderdante pone en manos del apoderado para que éste actúe con eficacia en su representación, hasta el punto de que la

mayoría de las legislaciones, y entre ellas la nuestra, estiman como garantía más idónea y eficaz para el poderdante, la de que el apoderado no podrá seguir usando el poder que le ha sido revocado; en este sentido, el art. 1.733 del Código civil declara que, revocado el mandato, el mandante puede compeler al mandatario a la devolución del documento en que aquél conste. Segunda. Que el mandante, una vez que ha retirado la copia del poder del mandatario, haya otorgado escritura de revocación o no del mismo, confía fundadamente que éste ha quedado inerte para hacer uso de aquél, mientras que el apoderado puede seguir ostentando su representación si hace uso de un testimonio por exhibición expedido con anterioridad a la retirada de la copia fehaciente. Tercera. Que la virtualidad y eficacia de ésta, que se proclama en el Reglamento Notarial, artículo 227, al prohibir que el mandatario obtengan copias del poder si del mismo o de otro documento no resulta autorizado para ello, puede también quedar sin efecto si se acude al testimonio por exhibición. De ahí que el Notario no debe admitir que el apoderado acredite su representación con un testimonio, incluso cuando fuera expedido de la propia matriz del poder obrante en su protocolo, puesto que equivaldría a proveer al apoderado de una segunda copia del poder sin autorización del poderdante”.

Entiendo que las palabras anteriores son la advertencia más clara a las posibles repercusiones ilícitas que de no seguir esas orientaciones se pueden producir. Lo dicho de los testimonios por exhibición o por transcripción en documentos procedentes del mismo protocolo, debe extenderse a esa “abusiva” forma de operar en el mundo comercial actual en el que la copia de un poder—que debe estar simultáneamente y a la vez en diez o doce oficinas—sea sustituida por una fotocopia autorizada que da amplias e ilimitadas posibilidades al fraude futuro. El único remedio—efectivo y legal—es la exigencia de la copia fehaciente del poder, en espera de una posible reforma que solucione el problema masivo de exigencias simultáneas, todas “urgentes”.

El caso actual, sin embargo, no era expresamente de poder, apoderamiento o mandato, pues se trataba de un testimonio por exhibición de un consentimiento “uxoris” prestado y del cual hacía uso el marido sin saber si el mismo tenía o no derecho a obtener copia. Problema que hace tránsito al último de los que abordamos.

C) *Poder, consentimiento y licencia.*—El artículo 227 del Reglamento Notarial, como reconoce con toda limpieza el quinto considerando de la Resolución, mantiene dos posturas distintas, una de carácter general para el supuesto del mandatario, que sólo podrá obtener copia del poder si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello, y otra más especial, contenida en el segundo párrafo del mismo artículo, que permite a la mujer casada sacar cuantas copias desee de las licencias maritales, tanto si son generales como especiales, salvo que el marido se lo hubiera prohibido.

Y aquí es donde reside el problema. ¿En cuál de los dos supuestos encaja el caso a solucionar? El consentimiento de la mujer no puede asimilarse a la licencia marital. Esto lo he sostenido siguiendo las autorizadas opiniones de LA RICA, DE CASTRO, etc., frente a las otras de CÁMARA, COSSÍO, RODRÍGUEZ ADRADOS, SANZ, etc. De ahí que mi primera conclusión sería que si no es licencia, ni asimilable a la misma, no puede entrar en el segundo caso

del artículo 227 del Reglamento Notarial en base a razones de analogía. La modificación legislativa de la capacidad de la mujer dentro del Código civil me ha venido a dar la razón y ya veremos qué se hace con ese segundo párrafo del artículo 227 del Reglamento Notarial.

Pero aun teniendo sin fuerza retroactiva razón en mi comentario, sí sería preciso dar una justificación para este caso anterior a la nueva normativa. Entre las razones que daba para evitar confundir la licencia con el consentimiento, intentaba llegar a situar la figura dentro de los negocios de "perfeccionamiento" encuadrables a mi juicio dentro del párrafo 2 del artículo 1.259 del Código civil, los cuales exigen o un previo poder o autorización o una posterior ratificación. Ello vuelve a llevarnos más al primer párrafo del artículo 227 del Reglamento Notarial que al segundo.

La Dirección General no lo ha estimado así, pues entiende que el marido puede obtener cuantas copias desee del consentimiento prestado por su esposa, salvo que esté expresamente prohibido por ella para esto. La Dirección se basa no sólo en razones de analogía, sino que da por sentado que no ha existido revocación del consentimiento, pues el fedatario tiene a la vista el documento original, en el que de conformidad con el artículo 178 del mismo texto legal, párrafo penúltimo, caso de revocación figuraría nota al margen de la matriz de esta circunstancia.

Aunque se contempla el caso de la revocación no formalizada del consentimiento "uxoris" a favor del marido, como podría ser la recogida de la copia por parte de la mujer, sin haber comparecido ante Notario para hacerlo constar en la correspondiente escritura pública, resulta que este supuesto se descarta sobre la base de asimilación del caso al contemplado por el artículo 227 en su párrafo 2.º. Lo cual obliga a la mujer siempre a una revocación formal del documento, con grave perjuicio para sus intereses, y permite al marido hábil el otorgamiento de documentos en el interín en que la revocación se hace constar por nota al margen de la escritura de consentimiento general otorgada por la mujer. No creo que sea necesario acudir a ejemplos, pues ellos se pueden multiplicar. Con ello se desvirtúa la esencia de la reforma del artículo 1.413 del C. c., que con tanto celo trató de proteger los intereses de las mujeres.

No se si en el momento en que se produjo la publicación de esta Resolución que asimila licencia a consentimiento, estaba ya en vías de discusión y elaboración la reforma del Código civil en torno a la mujer casada, pero aunque no se hubiese tenido en cuenta esa gestión legislativa, lo cierto es que en el informe del Registrador había la suficiente base para poder diferenciar ambas cuestiones, pues en él se decía: "la licencia marital responde a una concepción ya superada de la incapacidad de la mujer casada, mientras que el consentimiento "uxoris" obedece a un concepto moderno de igualdad, entre marido y mujer en cuanto a disposición de los bienes comunes o gananciales...". Como la reforma del C. c. ha dejado intocado el artículo 227, 2, del Reglamento Notarial espero que si se resuelve a suscitar problema análogo la Dirección sabrá rectificar el criterio ahora mantenido.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—NO ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO POR DÉBITOS FISCALES PROCEDENTES DEL IMPUESTO INDUSTRIAL CUANDO APARECE EN EL REGISTRO LA SITUACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL TITULAR DE LOS BIENES SI EN EL MANDAMIENTO NO SE HACE CONSTAR QUE SE SUSPENDERÁ LA EJECUCIÓN HASTA QUE TERMINE LA TRAMITACIÓN DEL REFERIDO EXPEDIENTE. (Resolución de 22 de noviembre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 1973.)

Hechos.—Resultando que seguido expediente administrativo de apremio contra don Juan Ruiz Paredes y su esposa, doña Rosa Alcolea Albarración, para hacer efectivos débitos por la cuota de beneficios del Impuesto Industrial correspondiente a los años 1970-1971, el Recaudador de Hacienda de la zona de Lorca trabó embargo sobre varias fincas rústicas y urbanas de los deudores con objeto de asegurar el pago de los créditos de la Hacienda Pública, que ascendían a la cantidad de 132.768 pesetas de principal, más 46.554 de recargos y costas.

Resultando que librado mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad de Lorca para la práctica de la correspondiente anotación preventiva, fue calificado con la siguiente nota: "Apareciendo sobre las fincas que se comprende en el precedente documento, ANOTACION de tenerse por solicitada la declaración del estado de SUSPENSIÓN DE PAGOS del deudor embargado, don JUAN RUIZ PAREDES, en virtud de Providencia dictada por el señor Juez de Primera Instancia de este Partido, de fecha 27 de marzo último, contenida en mandamiento expedido el mismo día, que se presentó en este Registro el 3 de abril de este año, causando las respectivas anotaciones extendidas con fecha 19 de igual mes, SE SUSPENDEN LAS ANOTACIONES DE EMBARGO objeto del mandamiento que precede, completado por otro de fecha 26 de octubre último, en el sentido de aclarar que el concepto del débito principal es el de Impuesto Industrial Cuota por Beneficios, años 1970, 1971, y no 1972, y que la cita de este año en el mandamiento principal corresponde al año en que fueron cargadas las correspondientes certificaciones de descubierto al Recaudador de esta zona, por el DEFECTO SUBSANABLE de no contenerse la salvedad de no llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el referido expediente de suspensión de pagos, conforme con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, y doctrina de la Dirección General de los Registros, al no hallarse el presente supuesto comprendido en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad del Estado, TOMANDO EN SU LUGAR ANOTACION DE SUSPENSIÓN por el plazo legal de sesenta días, donde se indica en los cajetines al margen de las descripciones de las fincas".

Resultando que el Delegado de Hacienda de Murcia interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el carácter administrativo del procedimiento seguido está señalado por el artículo 7, párrafo 1.º de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 y 21.121 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, así como por el 96 de su Reglamento de 14 de noviembre de 1968;

que el procedimiento administrativo de apremio no puede ser paralizado o suspendido por ninguna autoridad, ni aun judicial, salvo los supuestos de tercería o aquellos otros previstos en el Reglamento General de Recaudación —entre los que no figura la suspensión de pagos— que facultan al Delegado de Hacienda para suspender dicho procedimiento; que las certificaciones de descubierto por débitos fiscales tienen la misma fuerza que la sentencia judicial para proceder contra los bienes de los deudores (artículo 7, párrafo 2.º, de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, 121 y 132 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1965 y 442 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968); que el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos dice que la citada suspensión paralizará única y exclusivamente los procedimientos judiciales, y las certificaciones suspendidas no integran un procedimiento judicial aunque tengan la misma fuerza que una sentencia, razón por la cual no puede negarse su anotación; que la solución normal de la suspensión de pagos es un convenio de quita o espera o ambas cosas a la vez, que es incompatible con el carácter imperativo de la legislación tributaria; que un Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932, declaró que la providencia prevista en el artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922, que admite una suspensión de pagos, no puede impedir que la Administración utilice los procedimientos propios para el cobro de las contribuciones y demás rentas públicas, ya se inicien antes o después de haberse dictado aquélla; que dicho criterio ha sido ratificado por otros Decretos resolutorios de competencia, dictados el 2 de noviembre de 1957 y el 4 de junio de 1969; que frente al criterio que mantiene, forzoso es reconocer que el de la Dirección General de los Registros y del Notariado es contrario, como resulta de tres Resoluciones dictadas en diciembre de 1971; que, sin embargo, dicho Centro Directivo, en la Resolución de 15 de febrero de 1962, declaró que dada la naturaleza cutelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación de procedimientos administrativos podrá realizarse con el fin de permitir el aseguramiento del derecho a que se refieran; que el criterio negativo se basa en que los privilegios de la Administración sólo se dan cuando originan una hipoteca legal tácita, que no es el supuesto del presente caso; que tal interpretación sólo tiene en cuenta el Código civil y la Ley Hipotecaria, desconociendo la amplitud del Ordenamiento jurídico que comprende también las leyes fiscales; que insiste en que el efecto suspensivo de la Ley de 26 de febrero de 1922 sólo se refiere a los procedimientos judiciales, y el hecho de considerar al legislador a las certificaciones administrativas de embargo como si fuesen sentencias, indica claramente que no lo son, razón por la cual no les afecta el impedimento que supone el artículo 9 de la citada Ley; y que en la oposición interpretativa de diversos órganos del Estado debe prevalecer el criterio de la Jefatura del mismo cuando ha resuelto cuestiones de competencia sobre la materia en discusión.

Resultando que el Registrador informó: Que a tenor del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos, hay que distinguir los procedimientos ordinarios de los ejecutivos en que se persiguen bienes especialmente hipotecados o pignoraños: que salvo en estos últimos, la ejecución de la sentencia que:

se pronuncie quedará en suspenso hasta que concluya el expediente; que según el artículo 132 de la Ley General Tributaria y 44 del Reglamento de Recaudación, los mandamientos administrativos se equiparan a los judiciales; que por consiguiente se está ante un caso de embargo considerado como judicial por expresa declaración del ordenamiento tributario, sin perjuicio de la competencia específica y tramitación correspondiente; que de acuerdo con los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad del Estado, no se puede comprender en ellos el Impuesto Industrial de Cuota de Beneficios, ya que no grava directamente los bienes trabados; que por esta razón, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha negado la condición de créditos singularmente privilegiados a los fiscales no comprendidos en dichos preceptos (Resoluciones de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971) que no disfrutarán en consecuencia de los beneficios a que se refiere el artículo 15 de la Ley anteriormente citada; que es de destacar, en el presente caso, que el embargo se llevó a cabo el 17 de octubre de 1972 y al deudor embargado se le había admitido la solicitud de suspensión de pagos el 27 de marzo anterior, surtiendo efectos registrales desde el 3 de abril de dicho año, fecha de su presentación; que a mayor abundamiento no hay que olvidar que la petición de suspensión de pagos ampara una pretensión de declaración de incapacidad que en el fondo implica una garantía por todo el valor de los bienes del suspenso en favor de sus acreedores, anterior en este caso al embargo de la Hacienda, por lo que no puede tener aplicación el número 2 de la regla 49 de la Instrucción General de Recaudación, que se refiere precisamente al supuesto contrario; y que en cuanto a los Decretos de competencia que cita el recurrente hace constar que el 2 de noviembre de 1967 se refiere a la improcedencia de que el Juez acuerde por sí una suspensión sin acudir al cauce adecuado y otras cuestiones planteadas fueron decididas por el criterio de prioridad de embargos, como ocurrió en el caso del Decreto de 22 de junio de 1967, aparte de que no afectan a las propias preferencias de los créditos.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Doctrina.—“Considerando que al constar en los libros registrales que se encuentra en estado de suspensión de pagos el titular registral contra el que se dirige un mandamiento de embargo por débitos a la Hacienda Pública procedentes del Impuesto Industrial, Cuota por Beneficios, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si constituye o no defecto subsanable el no figurar en el mandamiento calificado la salvedad de que no puede llegarse a la ejecución de los bienes mientras no se haya terminado la tramitación del referido expediente de suspensión de pagos”.

“Considerando que como reiteradamente ha declarado este Centro directivo, la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos se ve ampliamente afectada por una serie de limitaciones que se le imponen, entre las cuales, una de ellas, conforme al artículo 6 de la especial de 26 de julio de 1922, es la de necesitar el acuerdo de los Interventores o autorización del Juez si aquéllos no hubieren tomado posesión de sus cargos, para verificar todo pago, con posible responsabilidad penal

en caso de incumplimiento, así como la sanción de nulidad para los actos que realice sin dicha intervención o autorización, pero sin que ello suponga que la situación del suspenso sea una inhabilitación particular que requiera el mecanismo de la representación legal, ya que conserva la administración de sus bienes, aunque con las limitaciones señaladas por el Juez.”

“Considerando que además en la suspensión de pagos es esencial la actuación de igualdad en que se han de encontrar todos los acreedores que no tengan el carácter de privilegiados y por ello, uno de los efectos más importantes que se produce al declarar dicho estado es la paralización de las acciones individuales de los acreedores, en orden a la cual el artículo 9.º de la Ley Especial establece la distinción de una parte entre la tramitación de los juicios, sean ordinarios o ejecutivos, que continuará hasta que recaiga sentencia, y cuya ejecución quedará en suspenso, mientras no se haya terminado el expediente, y de otra, los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso, respecto de los cuales se dispone que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos, todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso, y sustituidos por la actuación de los Interventores, mientras ésta subsista, todo lo cual se entenderá sin menoscabo del derecho de los acreedores privilegiados y de dominio al cobro de sus créditos.”

“Considerando que al no proceder en el presente caso los débitos fiscales, de impuestos comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, carecen de la condición de crédito singularmente privilegiado y, por tanto, sin perjuicio de la prelación que les pueda reconocer la legislación fiscal, tampoco gozan a efectos del expediente de suspensión de pagos de la facultad que establece el artículo 15 de la Ley Especial de abstenerse de concurrir a la Junta para la aprobación del convenio, por todo lo cual, y teniendo el mandamiento a todos los efectos la misma virtualidad que si emanase de la autoridad judicial, según el artículo 44-2.º del Reglamento General de Recaudación, es indudable que se está en el caso del párrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley de Suspensión de Pagos y, como ya declaró la Resolución de 15 de febrero de 1692, dada la naturaleza cautelar y garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de sus derechos, pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no contiene el mandamiento calificado y que es preciso hacer constar para salvaguardar los derechos de todos los demás interesados.”

“Considerando que la anterior y reiterada doctrina no vulnera lo dispuesto en el párrafo 1.º del número 2, de la regla 4.ª, de la Institución General de Recaudación y Contabilidad que establece la no acumulación del procedimiento de apremio a los judiciales, ni su suspensión porque el deudor comerciante haya solicitado la declaración de hallarse en suspensión de pagos, ya que la anotación solicitada no queda denegada, sino simplemente suspendida hasta tanto se haga constar en el mandamiento la salvedad señalada, todo lo cual no implica exigencia alguna de acumulación o suspensión, sino

simplemente tratar de que se dé cumplimiento a los preceptos de la Ley de 26 de julio de 1922, a fin de impedir que puedan ejecutarse aisladamente los bienes del deudor mientras dura el procedimiento de suspensión de pagos que es anterior al pretendido embargo administrativo.”

“Considerando a mayor abundamiento que el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 22 de junio de 1967 resolvió en el mismo sentido un conflicto de competencia surgido entre Delegación de Hacienda y Audiencia Territorial y tras indicar que no había contradicción de jurisdicciones, en el caso planteado, sino solamente incompatibilidad entre dos embargos, atribuye la preferencia al anterior en fecha, en este caso el judicial, y sin que ello quiera decir que queden desconocidos los posibles derechos crediticios de la Hacienda que pueden hacerse valer en el procedimiento judicial, sin que esto suponga imponer la acumulación de procedimientos administrativos, “sino simplemente que el embargo administrativo no puede prosperar sobre unos bienes que ya estaban embargados por un Juzgado, hasta que no queden libres de esa traba anterior.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la Nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Ya en algún otro comentario hecho a una Resolución dictada en el mismo año que la presente, había hecho alusión a ella sobre la base de la frecuencia con la que se estaba produciendo la figura o situación de la suspensión de pagos. Ahora ya no sólo es preciso la cita, sino el comentario.

Creo que en éste debemos a título de recapitulación señalar la posición que la Dirección General ofrece en esta materia y luego destacar las razones jurídicas que destruyen los argumentos esgrimidos por la Delegación de Hacienda recurrente, quien, basándose en textos “propios”, entendía que un procedimiento de apremio de carácter fiscal no puede ser suspendido o paralizado por ninguna autoridad, ni aun la judicial. Es la constante lucha entre lo público y lo privado.

A) *Posición de la Dirección General.*—En los vistos de esta Resolución solamente se hace alusión a las emanadas de la misma Dirección a partir del año 1962. Las anteriores a ellas (Resoluciones 8 de mayo de 1943, 7 de febrero de 1959 y 24 de abril de 1959) quedan silenciadas. Igualmente se omite la de 26 de mayo de 1965. Quizá es porque no se alegan por el recurrente ni por el defensor de la nota o porque a la hora de señalar ya una línea definitiva las que más cuadran son las citadas. Evidentemente. De las anteriores se deducía un cierre registral y la solución de problemas de prioridad en orden a actos anteriores, declaración de quiebra y retroacción, así como la pendencia de constitución de una hipoteca.

En las citadas ahora ya se aborda directamente el problema y es curioso cómo en la de 15 de febrero de 1962 empieza a admitirse el principio de que “dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho”. Este principio se desarrolla posteriormente en las de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971, en donde se añaden estas frases: “cabe estimar que la anotación podría realizarse con el fin de permitir

al interesado el aseguramiento de su derecho, *pero sin que la misma permita llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente, salvedad que no contiene el mandamiento calificado*". Esta última línea es la que ahora recoge la Dirección General en la Resolución comentada.

Aislada queda la de 14 de noviembre de 1968, en la que, si bien se destaca el principio de "igualdad" en el que deben situarse todos los acreedores—argumento que repite la ahora comentada—, la solución que da al caso es más drástica, pues cierra el Registro a la anotación pretendida.

Ante todo ello cabe preguntarse, ¿es correcta la solución que parece ser definitiva y que mantiene la Resolución comentada? En el estudio que hacía en estas mismas páginas de la Resolución de 14 de junio de 1973, calificaba a la ahora comentada de intermedia, peligrosa y llena de candidez. Después de esta afirmación me he leído el artículo de colaboración que publica el Boletín del Colegio de Registradores de 1974 ("Suspensión de pagos y anotaciones de embargos", página 342), firmado por mi compañero RAFAEL RIVAS TORRALVA, y creo que hay que llegar a una mayor precisión en la materia. Para RIVAS TORRALVA no es obstáculo que se practique la anotación preventiva posterior, pues el artículo 9, párrafo 4, de la Ley de Suspensión de Pagos dispone que los juicios ordinarios y los ejecutivos... seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente. Por ello encuentra desacertado que el mandamiento de embargo lleve la advertencia de que la ejecución no se llevará a cabo *mientras no se haya terminado el procedimiento, pues ello no vincula al Registrador en su posible calificación negativa del documento de adjudicación en que termine el procedimiento de apremio, ya que lo verdaderamente vinculante para él es el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos.*

Por eso, podríamos seguir calificando "intermedia" y llena de "candidez" a la solución de la Dirección, pues si el "cierre del Registro" a los actos que se produzcan como consecuencia de expedientes de apremio se basa en una disposición legal, no tienen por qué los mandamientos llevar esa advertencia y menos hacerse constar en el Registro, bajo la disculpa de que ello supondría un "recordatorio" al Registrador que le tocase en turno calificar el posible título traslativo creado por la ejecución. También advertía que la cosa era "peligrosa", pues admitir una anotación preventiva de embargo, aun con esa advertencia, podría muy bien dar a entender a la autoridad que la emitió, que cumplido el trámite de la constancia registral la vía de ejecución quedaba expedita. Que esto podría suceder es evidente, pues sólo con leerse las afirmaciones de la Delegación de Hacienda recurrente se pone de manifiesto: "el procedimiento administrativo de apremio no puede ser paralizado o suspendido por ninguna autoridad".

Entonces, ¿cuál es la solución viable? Por mucho que me duela creo que sería difícil estructurar y justificar un "cierre registral", pues entiendo que la admisión de la anotación preventiva de embargo posterior a la constatación registral de la solicitud de suspensión está basada en el respeto al principio de prioridad. De otra forma habría que estar pendiente de que en el Registro se hiciese constar la conclusión del expediente y el cumplimiento del convenio para "ganar el puesto" que el asiento de presentación otorgase

a la presentación de los posibles mandamientos sucesivos. De ahí que la fórmula podría ser una anotación preventiva de suspensión de la anotación solicitada, convertible en definitiva cuando se cumpliera el convenio, y con vigencia hasta la solución del convenio. Claro que, conforme a la legalidad vigente, y en base de los artículos 164 y 169 del Reglamento Hipotecario, sí cabría dicha anotación, pero la vigencia solamente tendría eficacia por el plazo dicho si la autoridad que la ordenase solicitase a su vez la prórroga conforme al artículo 96 de la Ley Hipotecaria.

B) *Razones jurídicas básicas.*—Las potestades, prerrogativas y privilegios que el Derecho Público concede a la Administración en aras de unos intereses colectivos producen, en un singular fenómeno de ósmosis, un trasplante en quien ejerce puestos de responsabilidad. Ello suele llevar consigo intransigencias bajo el pretexto de la defensa de los intereses del Estado. Es bueno, por ello, que de vez en cuando a esas potestades casi ilimitadas se les ofrezca esa pequeña parcela legislativa del Derecho privado, en la cual el particular todavía confía para el amparo de su derecho, su pequeño y disminuido derecho. La especialización en cualquier rama del Derecho lleva consigo un enfoque en penumbra de las otras ramas, que impide ver con claridad el entero campo legislativo y la posibilidad coexistente de una legislación.

La parte recurrente arremete contra la calificación registral y echa sobre la mesa de la discusión todo un conjunto de disposiciones administrativas y de principios que las rigen: Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 (artículo 7, párrafo 1.º). Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 (artículo 121), Reglamento para su aplicación de 14 noviembre de 1968 (artículo 96), todos ellos demuestran el carácter administrativo del procedimiento, la improcedencia de sus suspensión o paralización por ninguna autoridad y la equiparación de fuerza ejecutiva de las certificaciones de descubierto con las sentencias judiciales. A ello se añaden otras razones y otras alegaciones.

Frente a todo ello, con esa sencillez que caracteriza a la precisión jurídica emanada del Derecho privado, la Dirección General contesta que en el caso que se discute los débitos fiscales no proceden de impuestos comprendidos en los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 12 de la Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, careciendo, por ello, del carácter de créditos singularmente privilegiados y de la facultad de abstención de que habla el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos. Que el mandamiento administrativo tiene, a los efectos del artículo 44-2.º del Reglamento de Recaudación, la misma fuerza que si emanase de la autoridad judicial es indudable, ya que estamos en el caso del artículo 9, 4.º, de la Ley de Suspensión de Pagos. Y, por si fuera poco, remacha que no se vulnera con ello lo dispuesto en el párrafo 1.º del número 2, de la regla 4.ª, de la Institución General de Recaudación y Contabilidad, que establece la no acumulación de procedimientos de apremio a los judiciales, ni su suspensión. Igualmente, y a mayor abundamiento, el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 22 de junio de 1967 resuelve en el mismo sentido un conflicto de competencia surgido entre la Delegación de Hacienda y la Audiencia Territorial.

Recuerdo, y esto ya es un colofón, que al estudiar con auténtica persistencia la materia de la interpretación de las normas jurídicas había una regla de oro que se me quedó impresa para toda la vida. La expresaba igualmente CASTÁN TOBEÑAS: "Sobre todo es para nosotros esencial la idea de que toda Ley ha de ser interpretada en relación con aquellas otras que constituyen el organismo o sistema jurídico de un pueblo, y esto hace que cuando las nuevas leyes marquen, en su conjunto, una tendencia distinta de la época en que ésta se dictó haya de ceder el paso al espíritu de los tiempos presentes".

Creo que sería una gran labor del jurista en estos tiempos trazar esos límites en los que el Derecho Público debe detenerse frente al Derecho Privado. De nada servirá calificar de jurídicas unas normas si la fuerza de un privilegio las hace desconocer derechos legítimamente adquiridos y no derogados. La posible amenaza del ejercicio del poder debe ceder siempre a la idea de la Justicia. Parece ser, a la vista de esta Resolución, que la idea de madurez jurídica empieza a surtir fructíferos resultados.

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS COMENTADAS

El pacto de elevación de la renta en un local de negocio según “el valor adquisitivo de la peseta”.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1974)

SUMARIO: 1. El acuerdo de las partes y el criterio jurisprudencial.—2. Principios normativos y disposiciones vigentes en el régimen legal de los arrendamientos urbanos en cuanto a la renta.—3. La necesidad de distinguir el pacto de elevación de la renta de una cláusula estabilizadora.

1. El acuerdo de las partes y el criterio jurisprudencial.

El primero de enero de 1966, es decir, vigente ya la Ley de Arrendamientos Urbanos actual, una sociedad anónima, propietaria de dos locales de negocio, los arrienda a dos inquilinos conjuntamente para explotarlos como tales, estipulando los contratantes que, a partir del cuarto y quinto año de vigencia de los contratos respectivos se revisaría la renta pactada, “revisión que podrá instar la sociedad arrendadora para que dicha renta se aumente en la misma proporción que hubiese experimentado la baja del valor adquisitivo de la peseta, atendiendo a los precios medios establecidos por el Instituto Nacional de Estadística”.

Pasados los años previstos, según se había convenido por los contratantes, la sociedad reclama el porcentaje de elevación de la renta, en vista del certificado que pide al Instituto Nacional de Estadística, donde consta que se produjo un aumento del 23,7 por 100 y del 24,3 por 100. Por vía notarial, los arrendatarios contestan diciendo “que nos es imposible acceder a sus deseos del incremento de la referida renta, por ser nulas, como ustedes saben, las cláusulas que citan”.

Planteado el pleito por la sociedad arrendadora, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia el 4 de diciembre de 1972, pronunciándose del siguiente modo: “Fallo: Que desestimando la demanda promovida por el procurador señor X, en nombre y representación de la sociedad mercantil Y, contra D. A. y D. B., debo absolver y absuelvo de aquélla a los demandados”.

Interpuesto recurso de apelación contra esta sentencia por la representación de la demandante, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial dicta

sentencia el 16 de mayo de 1973, confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia.

Frente a este nuevo fallo, la sociedad demandante formaliza recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, el cual dicta sentencia el 5 de marzo de 1974, considerando que lo que se trata de saber es si las estipulaciones contractuales "son válidas y eficaces y, por tanto, han de causar incremento de la renta pactada en ellas, como pretende la parte recurrente, o si por ser ilegales, según se expresa en la sentencia recurrida, no han de originar aumento de la renta". Y continúa: "Considerando que evidentemente los preceptos relativos a la renta, que tuvieron carácter de derecho necesario, con anterioridad a la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, pasaron a ser, posteriormente, normas de derecho dispositivo, quedando sometida la regulación de la renta a la voluntad de las partes, de conformidad con el principio contractual de la autonomía de la voluntad, estableciendo en el artículo 1.255 del Código civil libertad contractual más amplia en lo concerniente a la cuantía de la renta, en los arrendamientos de locales de negocio posteriores a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955, que se extendió por el artículo 97 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos a las viviendas arrendadas con posterioridad a la vigencia de ésta; así pues, es igualmente indudable la licitud de establecer medios correctores de las posibles variaciones que, de hecho, puede experimentar el poder adquisitivo del dinero. Ahora bien, tampoco ofrece duda que no se puede atribuir validez y eficacia a los medios correctores cuando únicamente pueden implicar constante elevación de la renta, sin posibilidad, a la vez de disminuirla, en el supuesto contrario en que bajen los índices fijados como módulos reguladores, es decir, que éstos, dada la finalidad que se les atribuye —adecuación del poder adquisitivo del dinero a las variaciones del coste de la vida— han de producir efectos en lo relativo a la cuantía de la renta, tanto en el caso de devaluación como de revaluación del dinero, ni tampoco pueden causar aumento constante, fijo e indefinido de la renta, ya que ello alteraría la proporcionalidad equitativa, haría ilusoria la prórroga contractual y facilitaría la irrenunciabilidad de ella." Además: "Considerando que, dado el contenido de las estipulaciones mencionadas, en relación con el número 15 del contrato de 1 de enero de 1966 y la 13 del otro, la revisión de la renta que únicamente podrá instar la sociedad arrendadora, sólo contempla el supuesto de aumento de ella, derivado de "la baja del poder adquisitivo de la peseta"; por tanto, queda excluido el de disminución de la renta, por incremento de dicho valor adquisitivo; es indudable que así como para la sociedad mencionada esas cláusulas son estabilizadoras del contenido de la obligación pecuniaria, ya que al causar incremento de la renta la baja del poder adquisitivo del dinero puede conservar éste el valor estimativo tenido en cuenta al contratar, no lo son respecto a los arrendatarios, hoy recurridos, precisamente porque no se prevé el supuesto de aumento del valor adquisitivo del dinero, de verificación posible, y por ello el índice fijado como medio corrector únicamente puede originar aumento de la renta para ellos, de manera indefinida por no haberse establecido una limitación temporal; todo lo cual evidencia una insuficiente relación causal en cuanto a la invalidez e ineficacia de dichas estipulaciones, por aplicación de la doctrina de esta Sala,

consignada en las sentencias de 23 de febrero de 1963, 21 de octubre de 1970 y 25 de enero de 1973, entre otras, relativas al contenido de la libertad de estipulación de la renta, establecida en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no puede tener la amplitud, por lo ya expresado, que pretende la parte recurrente." También se aprecia temeridad en la parte recurrente, declarándose no haber lugar al recurso de injusticia notoria.

Esta sentencia que pasamos a examinar, a nuestro juicio, sería congruente si estuviese ante un caso regido por la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, con la que coincide la doctrina de su propia Sala de las sentencias citadas, pero no para el caso de autos plenamente regido por la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente. Desde la publicación del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, la situación legal para la renta, tanto en las viviendas como en los locales de negocio, ha dado un giro de noventa grados por lo que se refiere a las posibilidades de su libre estipulación. Y esta nueva situación, si bien aparece mencionada en la actual sentencia en cuanto a la recuperación de la libertad contractual tal como aparecía tradicionalmente recogida por el artículo 1.255 del Código civil, no obstante y paradójicamente queda amputada por una consideración —a nuestro juicio errónea— al confundirse lo que es un aumento pactado de la renta con los que se creen "medios correctores" o "cláusulas estabilizadoras de la obligación pecuniaria"; mientras al juzgador le pasa desapercibida la primera posibilidad, de un aumento de la renta pactado, según concede facultativamente el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la segunda no se acaba de dar una interpretación correcta.

Por tanto, es necesario que queden aclaradas las cuestiones siguientes: a) el alcance potestativo del artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la libertad de estipulación de la renta y los límites concretos de mala fe, abuso o fraude en que pudieran incurrir las partes contratantes; b) la necesidad de distinguir el supuesto legal de posibilidad de aumento o reducción de la renta por pacto entre ellas (artículo 98 de la LAU) y cuando se trata de cláusulas de estabilización u otro "sistema de actualización", tal como posibilita el artículo 100 de la LAU vigente; c) la no existencia de una lesión, ilicitud o fraude en la "ecuación renta-prórroga".

La nueva situación jurídica que plantea esta sentencia ha pasado desapercibida al juzgador, ya que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto por el legislador, cuando en el artículo 98 de la LAU vigente se dice textualmente: "La renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrá ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes." ¿Cómo es posible decir que el aumento de la renta previsto por las partes es ilegal, inválido e ineficaz?

2. Principios normativos y disposiciones vigentes en el régimen legal de los arrendamientos urbanos en cuanto a la renta.

Nuestros defectos humanos de mentalización son difíciles de desarraigar cuando después de un largo período de legislación imperativa, altamente

“motorizada”, como dice RIPERT, nos tenía acostumbrados a una legislación extravagante y de excepción, producto temporal de graves trastornos bélicos repercutiendo en lo social y en lo económico de las relaciones civiles. Una vez superadas aquellas circunstancias, el retorno a una normativa más clásica y normalizada no se produce sin olvidar el impacto que nos dejaron aquellas medidas y mandatos excepcionales y, a veces, como ocurre en el texto refundido de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, todavía quedan preceptos, como el de “beneficio de la prórroga forzosa del contrato” a favor del arrendatario, que requieren matices interpretativos acoplados a los nuevos márgenes de la autonomía de la voluntad restaurada.

Es precisamente el Tribunal Supremo quien, con su avanzado espíritu de realismo y de sensibilización social, materializa este progreso en la realización de la justicia, contribuyendo a poner en práctica la debida extensión que comporta esta base esencial de la libertad humana en el ámbito de la contratación privada; sin embargo, otras veces —afortunadamente las menos— es la rutina o el error los que nos sorprenden.

La actual sentencia comienza pronunciándose correctamente al confirmar lo que ya tenía declarado en otras (SS. 25 enero 1973, 23 abril 1973 y 27 febrero 1974) respecto a la nueva apertura de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la libre disposición de pactar la renta, en contraste con la normativa anterior. Sin embargo, después de reconocer esta restauración, el juzgador deja de tomar en cuenta para el caso de autos el precepto potestativamente dado por la LAU vigente para el supuesto de que las partes “por acuerdo” (art. 98) establezcan la posibilidad de un aumento de la renta, como así lo hicieron. El pacto de aumento hecho por las partes viene considerado como un “medio corrector”; que se trataba de un “medio corrector”, es cierto, puesto que las partes, ante la inflación de la peseta, mejor dicho, el arrendador pacta la revisión de la renta a base de aumentarla en su cantidad según la baja del poder adquisitivo que se va produciendo de nuestra moneda de curso legal. Precisamente porque tan sólo se pacta el aumento, no se trata de una cláusula de estabilización, sino de un pacto de elevación de la renta. La cuestión, pues, que se presenta es la de si la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente permite un pacto de tal clase, ya que los anteriores ordenamientos no lo admitían, bien se tratase de un aumento unilateral por la sola voluntad del arrendador, ya fuese por ambas partes durante la contratación o durante la vigencia del contrato. Sin embargo, la vigente LAU de 1964, en su artículo 98, permite el aumento de la renta cuando lo han pactado bilateralmente.

El juzgador, sin atender a lo nuevamente permitido, se dedica a encajar el supuesto dentro del supuesto de las cláusulas de estabilización que, con arreglo a la legalidad anterior, fueron solamente permitidas cuando eran auténticos medios correctores de las alteraciones monetarias (inflación y deflación), es decir, de carácter bilateral, que repercutiera en ambas partes contratantes ante la posibilidad de una u otra situación, por la cual, si las cláusulas solamente favorecían una de las partes (en el caso de inflación siempre al arrendador), al menos debía dejarse la posibilidad de que al llegar tiempos deflacionistas también favoreciesen al arrendatario; por eso, la sola excepción permitida (aunque polémica en cuanto a su validez e invalidez) fue la posi-

bilidad de que las partes se hubiesen acogido a la renunciabilidad del beneficio de la renta legal de los locales de negocio (art. 2 y 6 de la LAU de 1946 y de 1956, respectivamente) a través de una cláusula de estabilización; tan solo y exclusivamente en este caso los tribunales han permitido la revisión de la renta una vez llegado el término fijado por ellas y, como es esencial en dichas cláusulas, sólo eran válidas y eficaces si se producía ese efecto bilateral y conmutativo, esencial en ellas, es decir, que no supusieran, en principio, tan sólo un aumento, sino también la posibilidad de su rebaja en función de la alteración monetaria que ocurriese. Y digo en principio porque realmente en las últimas décadas, dada la inflación imperante, el efecto es casi siempre el aumento de la renta y no su rebaja; de aquí que quien no es un experto, al pactar una cláusula correctora de las alteraciones monetarias, prevea el aumento y no la estabilización, con el consiguiente efecto de nulidad ante dicha legalidad anterior. Por eso, cuando las partes contratantes, o el arrendador, presionando al arrendatario, imponía una cláusula contractual con el solo efecto unilateral del aumento, el Tribunal Supremo la desenmascara distinguiendo las auténticas de “estabilización” o “actualización”, considerándolas válidas y lícitas, de las otras, o de mera “elevación” de la renta, sancionándolas como inválidas e ilícitas, sobre todo por el fraude que implicaban al forzar al arrendatario y eliminarle prácticamente el ejercicio de su derecho de prórroga. De aquí que naciese esa doctrina legal del Tribunal Supremo, que ahora también se invoca (SS. 17 junio 1964, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 octubre 1968, 7 febrero 1970, 16 junio 1973 y 9 febrero 1974).

Ahora bien, una vez revisada la legislación arrendaticia urbana, si bien se sigue manteniendo la “renta legal” para los contratos celebrados con anterioridad, se rechaza el principio de bloqueo de las rentas y se sustituye por el principio de revalorización (1), instaurando para los nuevos contratos —como en el caso de autos— la plena autonomía de la libertad de las partes en cuanto a la fijación de la cuantía de la renta, no sólo para el momento inicial de la contratación, en cuanto a su determinación que “será la que libremente estipulen” (art. 97), sino también la que convengan (“por acuerdo de las partes”) (art. 98), inicial o posteriormente, para elevarla o reducirla.

3. *La necesidad de distinguir el pacto de elevación de la renta de una cláusula estabilizadora.*

Por lo que aparece en la sentencia que comentamos, este cambio de mentalidad y de principios (del de bloqueo al de revalorización) resulta todavía difícilmente asimilable, a pesar de su constatación legal expresa en el nuevo ordenamiento para los arrendamientos urbanos.

(1) Véase el “Capítulo IX. De la renta, su revisión y de la fianza” de la LAU vigente (arts. 95 a 106), donde la renta antigua es revalorizada (artículo 95) y se establecen unos índices de revalorización (art. 96) y una renta revalorizada (art. 100).

Para el juzgador, "la libertad de estipulación de la renta, establecida en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no puede tener la amplitud, por lo ya expresado, que pretende la parte recurrente". Lo ya expresado por el Tribunal, según queda constatado en los considerandos transcritos de la sentencia, es la consideración que hace del pacto de elevación acordado por las partes, como de una cláusula de estabilización, error no admisible según la doctrina de la propia Sala. Lo que pasa, repetimos, es que si en la legislación anterior esos pactos de elevación eran ilegales hoy no lo son, según el artículo 98 de la LAU vigente, ya que los contratantes pueden acordar el aumento de la renta de su contrato; por tanto, el pacto no es ilegal, sino válido y eficaz. Incluso la sentencia comete la injusticia de rechazar la doctrina de los actos propios invocada por el recurrente, al decir que "no es de aplicación cuando, como en el caso de autos, no son eficaces en Derecho, por no haber sido realizados conforme a Ley"; ¿a qué Ley?, tenemos que preguntarnos, pues el citado artículo 98 permite el pacto de elevación de la renta, la injusticia no sólo se hace de oficio con la pérdida de lo estipulado por las partes y del depósito para recurrir, sino que es "sagrante", al añadirse "la apreciación del elemento subjetivo de temeridad en la parte recurrente". Ahora resulta que obrar conforme a la Ley es temeridad; si al juzgar con rutina falta la prudencia y el olvido del precepto legal es evidente que no se puede ser tan duro en sancionar.

No es en esta línea de los reproches, sino del interés patrimonial de las partes, donde el alcance interpretativo de las normas hace necesario ver si se ha obrado legal o ilegalmente. Para el juzgador la ilegalidad se da en dos puntos: vulneración de su doctrina respecto a las cláusulas de estabilización y fraude a la irrenunciabilidad de la prórroga forzosa.

Ya hemos visto que la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente con arreglo a la legislación anterior, distinguía las propias cláusulas de estabilización, válidas, y las impropias cláusulas de elevación de renta, inválidas; sin embargo, esta doctrina valedera para un ordenamiento como el anterior, ya no lo es para el vigente, ante el artículo 98, que permite el pacto de aumento o elevación de la renta.

En cuanto al segundo punto de vista del juzgador, del fraude a la irrenunciabilidad, a la prórroga, a mi juicio, viene planteado también desde la perspectiva legal anterior y no de la vigente, por lo que es necesario su replanteamiento. Si ahora las partes pueden pactar el aumento de la renta, ¿cuáles son los límites del alcance de la autonomía de la voluntad de los artículos 97 y 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente?

En general, el alcance que tiene el principio de autonomía de la voluntad viene concretado por el artículo 1.255 del Código civil, donde "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"; de manera que si el pacto o cláusula, como el de autos, no fue contrario a la Ley, al permitirlo el artículo 98 de la LAU vigente, es legal. Ahora bien, como el ejercicio de los derechos y de las obligaciones ha de acomodarse a las reglas de la buena fe y habrán de rechazarse las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan un medio para eludir la aplicación de la norma impera-

tiva, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley (artículo 9 de la LAU vigente), se plantea la cuestión de límites de la autonomía legal de las partes, concretamente en el caso de la conocida "ecuación renta-prórroga" del arrendatario, de naturaleza irrenunciable (artículo 6 de la LAU vigente). Si en la legislación anterior, en principio, cualquier pacto de aumento era ilegal, en la actual ya no lo es; pero todavía se hace necesario examinar si el aumento legal de la renta es normal o anormal, o constituye un medio para eludir la prórroga forzosa, privilegio todavía mantenido por la legislación vigente. Como aquí ya entramos en materia del ámbito del juzgador y de su arbitrio judicial, según el caso, tan sólo podemos opinar sobre la cuestión concreta que fue objeto del caso de autos: la de si el aumento de la renta, según la misma proporción que hubiera experimentado la baja del poder, o valor adquisitivo de la peseta, atendiendo a los precios medios establecidos por el Instituto Nacional de Estadística, es razonable, normal o anormal, impidiendo al arrendatario el ejercicio de la prórroga del contrato.

A nuestro juicio, que un contrato de tracto sucesivo, como el de arrendamiento urbano, aumente su renta en la proporción con que se deprecia la peseta, supone mantener la equivalencia de las prestaciones inicial, un mismo poder adquisitivo; de lo contrario, el arrendador verá disminuido su poder adquisitivo y con ello la proporcionalidad económica también disminuida en la relación contractual contraída. Ahora bien, si en el ordenamiento anterior el arbitrio judicial podía tener los límites imperativos de las normas de bloqueo, actualmente, no las tiene en cuanto a la posibilidad del aumento de la renta pactado bilateralmente en el propio contrato. Dada la proporcionalidad y equivalencia de los valores económicos que integran las prestaciones contractuales, uso y disfrute del local de negocio (que pone al día siempre los precios de sus ventas) y renta actualizada, o aumentada, en la proporción en que se devalúa la peseta (siempre ateniéndose a un índice oficial como el pactado del Instituto Nacional de Estadística), no puede vulnerarse —y de hecho no se vulneró, pues, de derecho viene autorizado el aumento por el artículo 98 tantas veces olvidado— la pretendida por el juzgador ecuación "renta-prórroga", facilitando la irrenunciabilidad; si el aumento de la cuantía de la renta se opera de la misma manera que para una cláusula de estabilización, con arreglo a un índice económico oficial, el deudor obtendrá un beneficio indirecto por la depreciación de la peseta, que perjudicará al acreedor más y más con el tiempo que va pasando durante la vigencia del contrato; el arrendatario se verá angustiado si el aumento de la renta estuviere en proporción a un índice económico especulativo, o ajeno a las circunstancias en función de la locación, como sería en el caso de un índice valor oro, u otro producto ajeno a la construcción de viviendas; entonces podría decirse que el aumento de la renta supondría desequilibrio económico en cuanto a las prestaciones; pero, respecto a la propia moneda de curso legal, su valor y poder adquisitivo no es posible que ponga al arrendatario en condiciones de no poder ejercer la prórroga forzosa del arrendamiento; si ello fuese así es que el Estado está defraudando a sus súbditos con la moneda que emite; precisamente, los Tribunales de justicia son el poder judicial que ha de moderar los desmanes del poder ejecutivo en la organización de un Estado de Derecho. Cuando el Estado no reprime la inflación

causa un grave perjuicio a sus ciudadanos; es el medio de detraerles sus ahorros indiscriminadamente; esta sustracción a nivel de la contratación privada se evidencia en el beneficio que obtiene una parte frente a la otra, beneficio injustificado que sorprende la buena fe de las partes, si no se han previsto los remedios correctores, tales como son los ahora autorizados por la LAU vigente: aumento pactado de la renta (art. 98) o una cláusula de estabilización (art. 100).

José BONET CORREA

II. SENTENCIAS ANOTADAS

I. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE POR SIGNO APARENTE AL REALIZARSE LA DIVISIÓN MATERIAL DE UNA FINCA. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1973.)

A. *Los hechos*.—Una finca, perteneciente a unos padres, se divide en tres partes en el año 1946, adjudicándose a sus tres hijos, sobre la que se habían establecido caminos de servicio, de entrada y salida, ya por dichos padres. Desde el año 1950 hasta el año 1966, la explotación de las tres fincas se hizo conjuntamente, como una sola unidad agrícola y participando los propietarios en la tercera parte de los gastos y de los ingresos. Disuelta la sociedad de explotación, los dos propietarios de las fincas colindantes niegan que pueda existir una servidumbre de paso en favor de la tercera finca.

B. *El Tribunal Supremo*.—Surgido el pleito, se llega al Tribunal Supremo, el cual mantiene que: "... la sentencia recurrida está fundamentada en unos hechos, en virtud de los cuales el camino que se discute se estima como servidumbre necesaria para que el aprovechamiento de las fincas tenga lugar... y que como el signo aparente de ella es un título para que continúe si al tiempo de dividirse la propiedad no se expresa lo contrario, como así ocurrió, es lógico que al no constar nada en contra de su persistencia, ella deba prevalecer, y como estos hechos resultan irreversibles por no haberse atacado en la forma procesal adecuada y no resulta admisible suplantarlos por otros para deducir criterio contrario, es obvio que ni se da la aplicación indebida del artículo quinientos cuarenta y uno ni tampoco la violación del quinientos sesenta y ocho, ambos del Código civil".

C. *Anotación*.—En esta Sentencia del Tribunal Supremo se destacan con realismo, aunque con cierta imprecisión de técnica jurídica, dos cuestiones fundamentales que integran la modalidad constitutiva de las servidumbres conocida por "destinación del padre de familia", recogida por el artículo 541 del Código civil: a) la fuerza de los hechos que posee la existencia de unos signos aparentes, como los caminos, estimados como "servidumbre necesaria" en la sentencia, para lograr el aprovechamiento de la finca; b) la falta de una declaración expresa de las partes en contra de la permanencia de aquel signo aparente en el momento de la enajenación o división de las fincas.

a) En cuanto a la primera cuestión, de la importancia de un signo aparente cuyo contenido es equivalente al de un derecho real de servidumbre, decide el Tribunal en base a lo enunciado por el artículo 451 del Código civil, manteniendo que los signos aparentes son la expresión de un resultado, la materialización de una actividad llevada a cabo por una o varias personas en el desenvolvimiento de las relaciones funcionales y de las finalidades que presta un predio rústico o urbano, bien en cuanto protagonistas de un derecho de dominio, bien como simples poseedores o ya como extraños.

En el supuesto del artículo 541 del Código civil se trata del resultado de

la actividad de un "propietario" que ha establecido un signo aparente entre dos fincas suyas —o de una que resulta dividida— y que por "enajenación", o sea, por desprendimiento del dominio, ya de una de las fincas, o de las dos porciones de la finca que pasan a formar dos unidades independientes. Esa actividad del propietario, que por ser un despliegue de su derecho de propiedad se realiza como una autónoma realización de finalidades particulares y concretas, tiene una trascendencia vinculante, ya que sus actos pueden modificar la estructura funcional de la situación de la finca en las relaciones con las demás en que viene ubicada, y es en este ámbito de la organización jurídica donde la autónoma disposición de relaciones creadas por el propietario de la finca puede tener una trascendencia objetivada el día en que deje de obedecer a meros motivos subjetivos o personales, transformándose lo que era un simple "servicio" meramente facultativo e intrascendente, en una "servidumbre" o derecho de carácter trascendente y dispositivo.

Para que esta transformación tenga lugar, el servicio creado por el propietario no ha de ser meramente pasajero, y sí, funcionalmente, con la idoneidad necesaria para que la finca adquiera una mayor utilidad; tanto la permanencia del servicio como su idoneidad funcional son los elementos de predisposición que, más tarde, en el momento de la enajenación, habrán de valorarse junto a las voluntades de las partes, expresadas, en este caso, inversamente a como es frecuente, debido a la permanencia de los signos aparentes, por lo cual, si no se destruyen o niegan expresamente aquellos signos, su afirmación positiva se entiende por el consentimiento tácito de las partes.

En el caso de autos se trataba de un servicio establecido por el propietario de un camino que atravesaba su finca; después de dividida en tres partes autónomas la anterior finca, el camino subsiste a través de ellos y sigue prestando un servicio y una utilidad al igual que lo prestó anteriormente para el único propietario; es más, si antes era subjetiva la relación, ahora se hace diversificada y plural.

Ahora bien, para que aquel "servicio" parcial y autónomo del único propietario posea trascendencia y adquiera la categoría de un derecho real de servidumbre han de concurrir una serie de presupuestos, tal como prescribe el artículo 541 del Código civil, a fin de que se legitime la situación por la constitución de la servidumbre, o como se dice, sin corrección dogmática, que "la servidumbre continúe activa y pasivamente", ya que no puede continuar lo que todavía no era una servidumbre (*nemini res sua servit*).

En tales presupuestos necesarios, para que la servidumbre se constituya hay que destacar, primeramente, el que ocurra una "enajenación". Dicha enajenación, o paso de derecho de dominio de una finca de un titular a otro titular, puede acaecer mediante diversas modalidades: desde las gratuitas (herencia, donación, legado, etc.) hasta las onerosas.

En el caso de autos se trata de una sucesión hereditaria como supuesto concreto que da lugar a la transmisión del derecho de propiedad a tres de los herederos, quiénes, mediante un acto de partición, dividen la finca en otras tantas partes autónomas e independientes, después de haberlas explotado en común durante un período de varios años.

Si hasta aquí hemos examinado las circunstancias de hecho u objetivas en

las que se enmarca el supuesto previsto en el artículo 541 del Código civil, o sea, la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas—o de una misma que se divide en tres—y el hecho de que ocurra una sucesión como enajenación, mediante una participación, también ha de producirse el que intervenga la voluntad de los sujetos protagonistas o titulares de aquella finca dividida.

b) La segunda cuestión fundamental, pues, es la que atañe a la voluntad de las partes que intervienen en el negocio de enajenación de las fincas parceladas como consecuencia de una transmisión hereditaria, en lo que se refiere al signo aparente, o “servicio” creado por el único propietario, y la actitud que adoptan las partes respecto a su admisión o negativa.

Como hemos observado antes, la expresión de la voluntad de las partes tiene en este supuesto una modalidad especial debido a la evidencia del signo aparente de servidumbre, que es la constatación privada y pública de su existencia y notoriedad; debido a ello, las manifestaciones de voluntad que traten de contradecir o negar aquel signo aparente tienen que ser expresadas y constataadas, mientras que, debido a la permanencia del signo, es suficiente una voluntad tácita, pasiva o concluyente para entender que se ha querido su permanencia y, por tanto, la constitución de la servidumbre.

La actual Sentencia, en el terreno interpretativo de la voluntad de las partes, se limita tan sólo a considerar que, al tiempo de la división de la finca en cuestión, “el camino que se discute se estima como servidumbre necesaria para que el aprovechamiento de las fincas tenga lugar” y que “como el signo aparente de ella es un título para que continúe”, al no expresarse nada al tiempo de dividirse la propiedad y “no constar nada en contra de su persistencia, ella debe prevalecer”.

Lo que no parece correcto es la alusión a una “servidumbre necesaria” cuando estamos en el caso de una servidumbre por signo aparente o de “destinación del padre de familia”; o sea, que no se trata de un supuesto del artículo 546 del Código civil, sino del artículo 541. En definitiva, no estamos ante el caso de una constitución legal de la servidumbre, sino de constitución voluntaria, ya que, en definitiva, es la voluntad de las partes (expresa o tácita) la que decide su constitución.

José BONET CORREA

2. CLÁUSULA DE ELEVACIÓN DE RENTA DE UN LOCAL DE NEGOCIO ANTE EL BENEFICIO DE LA PRÓRROGA FORZOSA. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1974.)

A. *Los hechos.*—El propietario de un local de negocio celebra un contrato de arrendamiento el día 1 de octubre de 1962, es decir, vigente todavía la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, y pacta que la renta sea de ochenta y cuatro mil pesetas anuales, si bien en la cláusula sexta del contrato añade: “El precio del arrendamiento concertado es de ochenta y cuatro mil pesetas anuales por los cinco primeros años de vigencia del presente con-

trato, de cien mil ochocientas durante los cinco años siguientes, de ciento veinte mil novecientas sesenta los cinco años siguientes y así sucesivamente durante la vigencia del presente contrato, de manera que el precio correspondiente a cada prórroga anual será la suma del precio correspondiente a cada quinquenio anterior más el veinte por ciento de la cantidad pagada”.

B. *Los tribunales de instancia.*—Pasados cinco años, el arrendador exige del arrendatario la elevación de la renta según los términos convenidos. Al negarse a tal elevación el arrendatario, se entabla pleito y el Juez de Primera Instancia, en su Sentencia del 28 de febrero de 1973, declara nula de pleno derecho e inexistente la cláusula sexta del contrato de arrendamiento suscrito por los litigantes.

Apelada la anterior sentencia por el demandante y tramitada la alzada con arreglo a derecho, la Audiencia Territorial dicta sentencia el 22 de noviembre de 1973, confirmando la apelada.

Contra la anterior sentencia se presenta recurso de injusticia notoria por el demandado apelante ante el Tribunal Supremo, el cual, en Sentencia de 23 de diciembre de 1974, establece: “Considerando: Que la acción de nulidad de la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio, por la que se estipula la elevación periódica, progresiva e indefinida de la renta pactada, no está sujeta a plazo de caducidad previsto en el artículo ciento seis, párrafo primero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos: a) Porque dicha acción no dimana directamente de los derechos mencionados en el capítulo noveno de la Ley especial, ya que no se trata de una cláusula de estabilización propiamente dicha de las referidas en el artículo cien, párrafo uno, ni surge tal acción porque la cláusula aludida choque con un mandato o prohibición establecida en ese capítulo, puesto que, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, dicha nulidad se origina por ir indirectamente esas cláusulas contra los derechos reconocidos por la Ley singular al arrendatario de forma irrenunciable y concretamente contra el sistema de prórroga legal consagrado en el artículo sexto, párrafo tres del repetido oránamiento legal; b) Porque como ya proclamó esta Sala en la Sentencia de tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, la caducidad alegada es improcedente, dado el principio legal de que lo que es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo, razones que se oponen a la estimación del único motivo”.

C. *Anotación.*—Esta Sentencia, correctamente dada para el caso de autos, requiere ciertas aclaraciones que, por darlas por sobreentendidas el juzgador, al lector le pueden pasar desapercibidas.

Así, en primer lugar, estamos ante un contrato de arrendamiento de local de negocio regido por la LAU de 1956 y, por tanto, se trata de una legislación especial, la anterior a la vigente, que todavía mantenía el principio del beneficio de la renta legal para el arrendatario, sólo derogable si se trataba de locales de negocio y si se añadía una “cláusula de estabilización”, es decir, de las de carácter bilateral y recíproco, conmutativa, en beneficio de ambas partes cuando las alzas o bajas del precio del índice económico propuesto pudiesen redundar tanto para el arrendador como para el arrendatario, pero no derogable por las partes si se trataba de “cláusulas de elevación” de la

renta, las cuales sólo beneficiaban al arrendador e iban contra el beneficio concedido por la Ley al arrendatario.

En segundo lugar, si para las cláusulas de estabilización la renuncia al beneficio de la renta que tenía el arrendatario era posible en el caso de los locales de negocio, al ser potestativa, no sucedía lo mismo para las cláusulas de elevación de la renta, unilaterales y no de estabilización (en alza o baja), sino de mera elevación y sólo constante aumento periódico e indefinido, lo que rompía la equivalencia de las prestaciones pactadas e, indirectamente, ponía al arrendatario en la situación angustiosa de tener que renunciar a su beneficio de la prórroga, el cual es —y sigue siendo— inderogable por las partes. Para evitar este fraude a la ley, el Tribunal Supremo desde muy pronto lo desenmascaró, poniendo de relieve lo que denominó “ecuación renta-prórroga”, o sea, la ligazón y consecuencias que ambos extremos tenían en el ámbito de los hechos concluyentes de una renuncia tácita o expresa al beneficio de la renta concedido por el legislador al arrendatario. A este respecto, basta consultar el criterio que vino manteniendo en las SS. de 23 de febrero de 1963, 1 de abril de 1965, 2 de febrero de 1966, 7 de febrero de 1970, 24 de junio de 1971 y 9 de febrero de 1974, donde se denuncia dicho fraude, como ocurre en la presente Sentencia de 23 de diciembre de 1974, al expresar que la “nulidad se origina por ir indirectamente estas cláusulas contra los derechos reconocidos por la Ley singular al arrendatario de forma irrenunciable y concretamente contra el sistema de prórroga legal consagrado en el artículo sexto, párrafo tres, del repetido ordenamiento legal”.

José BONET CORREA

III. SENTENCIAS

A cargo de Juan CARDASO PALAU, Luis DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI CASALES y José PERE Y RALUY.

DERECHO CIVIL

1. Parte general.

1. **TRANSACCIÓN: NULIDAD POR CONTENER RENUNCIA A INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO:** *Es evidente la nulidad radical del pacto por el que el recurrente renuncia a las indemnizaciones a que pudiera tener derecho por causa de su accidente de trabajo in itinere, ya que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley de contrato de Trabajo, es nula toda renuncia —y la transacción la lleva implícita siempre— a las indemnizaciones a que el trabajador tenga derecho por accidente en el trabajo; indemnización que en ningún caso podría recibir el trabajador directamente, sino mediante constitución del depósito correspondiente en el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo; nulidad que confirma el Código civil en su artículo 4.º del texto originario, y en el número 3 del artículo 6.º del texto articulado vigente, sancionado por Decreto número 1.836 de 31 mayo 1974, que prescribe que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son ambos nulos de pleno derecho, salvo que en ellas —lo que en el caso de autos no ocurre— se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.* (Sentencia de 17 de abril de 1975; ha lugar.)

2. Derechos reales.

1. **DONACIÓN DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN: ACCESIÓN: BIENES MUEBLES: INNECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA:** *Los materiales de construcción, una vez que se unen a la obra de forma inseparable, alcanzan la consideración de inmuebles, pero nada impide que sean donados antes de incorporados, pues hasta entonces son bienes muebles, así como el importe de la mano de obra invertida para ella; en cuyo caso se hace innecesaria, cuando la entrega se hace por pura liberalidad, la formalidad de la escritura pública que prescribe el artículo 633 del C. c. para las donaciones de inmuebles.* (Sentencia de 3 de mayo de 1975; no ha lugar.)

2. **CASACIÓN: INCONGRUENCIA:** *Siendo la sentencia absolutoria de la demanda, no puede incurrir en el vicio de incongruencia, conforme a constante doctrina de esta Sala, salvo las particulares exclusiones de que el fallo se fundase en excepciones alegadas en tiempo y forma o se hubiesen alterado los hechos de la demanda produciendo indefensión.*

DOCUMENTO PRIVADO: *La identidad del valor del documento privado a la escritura pública que sanciona el artículo 1.225 C. c. se refiere al hecho que motiva su otorgamiento y a la fecha de éste, por lo que el documento privado de compraventa, aún reconocido legalmente, no es asimilable a la tradición ficta que tiene lugar cuando de escritura pública se trata.*

DOCUMENTO ANTÉNTICO: *No es documento auténtico, a efectos de la casación, el que ha sido tenido en cuenta por el Juzgador.*

TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO: NECESIDAD DE TRADICIÓN: *Solamente de la conjunción del título, compraventa en documento privado, y del modo o tradición, mediante la prueba de la entrega de la cosa, hubiere habido transmisión de las fincas vendidas; la compraventa en documento privado no opera el desplazamiento del dominio del patrimonio del vendedor al del comprador si no se ha acreditado una real y efectiva tradición, esto es, entrega de la cosa. (Sentencia de 18 de diciembre de 1974; no ha lugar.)*

3. **ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: USUCAPIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA:** *Denunciado por el recurrente un supuesto error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.214 del Código civil, cuyo error de derecho se hace consistir en que, ejercitada una acción declarativa de dominio pleno de determinadas fincas, y negado por los demandados el título de propiedad que alegaban los actores, la sentencia recurrida invierte los términos del debate, dedicando sus consideraciones a las razones y títulos que se refieren a la usucapión puesta como excepción por los demandados, ha de decaer el motivo, porque, según constante doctrina establecida por este Tribunal, no tienen eficacia para justificar el error de derecho los artículos que no contienen normas valorativas de la prueba, aun cuando a ella aludan con carácter general. (Sentencia de 5 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

4. **ACCIÓN REIVINDICATORIA: NULIDAD DE CONFISCACIÓN POR EL ESTADO: INDEMNIZACIÓN POR DERRIBO: EJECUCIÓN DE SENTENCIA:** *Dado que en el año 1936 existía la finca y que fue utilizada por el Estado hasta que fue derruida en el lapso de tiempo comprendido entre la fecha de la sentencia de apelación y la de casación, precisamente cuando ya se conocía la obligación impuesta de entregarla, no procede estimar el recurso en ejecución de sentencia contra el auto que sólo tuvo en cuenta la indemnización de los daños como reparación del perjuicio ocasionado, al no ser posible la entrega del inmueble. (Sentencia de 19 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

5. **ACCIÓN REIVINDICATORIA: LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *No hay ningún inconveniente en que los demandantes actúen en su propio nombre y además en beneficio de la comunidad hereditaria constituida con los herederos inciertos y desconocidos de Don, puesto que con ello sólo prevén una eventual existencia de una comunidad de bienes y es doctrina constante de este Tribunal que cualquiera de los condueños puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos.*

CERTIFICACIONES DEL REGISTRO CIVIL: VALOR PROBATORIO: *Es doctrina jurisprudencial reiterada que las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción sólo constituyen prueba del acto especial acerca de los que el encargaño del Registro puede certificar por su personal conocimiento y de la fecha de aquél, pero no de las declaraciones que contengan con relación a hechos distintos —como es aquí el número de hijos que dejó el fallecido—, para cuya demostración en juicio es indispensable otra prueba separada y concreta, que no la suministra, a los efectos del artículo 1.218 del C. c., el solo certificado de defunción.*

EXCESO DE JURISDICCIÓN: *No existe este exceso, aunque el demandado sea el Patrimonio Forestal del Estado, ya que la doctrina de este Tribunal viene sentando con reiteración que todas las cuestiones de carácter civil en que se ventilan derechos privados, como es el dominio de una finca, aunque el asunto traiga su origen de otro gubernativo, y aunque la administrativa haya resuelto con innegable competencia expedientes previos y aunque alguna de las partes invoque razones de interés público, siempre serán de la competencia de los Tribunales ordinarios.*

ADQUISICIÓN POR EL PATRIMONIO FORESTAL DEL ESTADO: *No se ha dado ninguno de los supuestos de adquisición previstos por el artículo segundo de su Ley Reguladora de 10 de marzo de 1941, puesto que, comprobado que la finca no era propiedad del Municipio y que éste no contaba con el consentimiento del verdadero propietario, todos los actos del Municipio con respecto a la misma son nulos, ya que nadie puede dar lo que no tiene.*

CATÁLOGO DE MONTES DE UTILIDAD PÚBLICA: *La inclusión de la finca en este Catálogo resulta plenamente ineficaz, pues para que surtiera efecto debió haberse adquirido por el Estado por alguno de los procedimientos marcados en dicho artículo segundo. (Sentencia de 31 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

5 (bis). **ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO PÚBLICO: ACTOS PROPIOS:** *La pretendida infracción de la doctrina de los actos propios en modo alguno puede constituir por sí sola base suficiente que impida a entrar a conocer el fondo del asunto.*

ACCIÓN EJECUTADA POR UN VECINO Y ACTOS PROPIOS DEL AYUNTAMIENTO: *Los actos de la Corporación en modo alguno pueden vincular al vecino, puesto que la acción que se ejercita tiene su apoyo legal en los artículos 370 y 371 de la vigente Ley de Régimen Local, de los que resulta que cuando la Corporación no lo haga por dejación o negligencia, el vecino que previamente obtenga autorización del Gobernador puede ejercitar acciones en defensa de los bienes de aquélla, actuando entonces el particular no en nombre del Ayuntamiento, sino en su sustitución por defecto en el actuar, por lo que son inoperantes los actos realizados por la Corporación y que sólo son índice de aquella negligencia o abandono.*

CONDUCTA DEL AYUNTAMIENTO EN RELACIÓN CON EL DOMINIO PÚBLICO DE UNA CALLEJA: *No hay que olvidar además que el propio Ayuntamiento, en su acuerdo de 9 de junio de 1972, al contestar a la luego demandante, hizo la salvedad de que, en caso de considerar ésta que poseía pruebas suficientes del dominio público de la calleja, podía acudir a los Tribunales previa autorización gubernativa.*

BIEN REIVINDICADO: CALLEJA DE DOMINIO PÚBLICO: *Desde la autorización del Ayuntamiento de Piloña de 1906, y así lo corroboran los sucesivos medios probatorios, resulta comprobado que el bien en cuestión es una calleja de tres metros de ancho, destinada al uso público general de bajada al río, por lo que se trata de un bien de dominio público municipal, conforme a los artículos 343 y 344 del Código civil, 183 y 184 de la Ley de Régimen Local y 55 y 58 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales.*

BIEN REIVINDICADO: CALLEJA DE DOMINIO PÚBLICO: *Frente a la anterior conclusión no pueden tenerse en cuenta los elementos probatorios aportados por los parte demandada, que sólo demuestran la dejación o negligencia de la Corporación, o bien constituyen afirmaciones gratuitas sin fundamento jurídico alguno, como la descripción unilateral de los linderos en la escritura de compraventa de la casa contigua a la calleja, sin que, por último, el expediente de dominio obtenido e inscrito para hacer constar el exceso de cabida de la casa venga a demostrar que la calleja es de la propiedad particular, puesto que lo que se logra es hacerla desaparecer.*

POSEEDOR DE MALA FE: *Los actos realizados por los demandados no tienen otra base que la mera tolerancia, por lo que no afectan a la posesión (artículos 434 y 1.942 C. c.), que es de mala fe, según el artículo 433 del mismo Código, con las inevitables consecuencias, no en cuanto a la usucapición, puesto que estos bienes son imprescriptibles (artículos 188 de la Ley del Régimen Local y 94 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales), pero sí en cuanto a las construcciones realizadas en la calleja, que han de perderse sin indemnización alguna (artículos 362 y 363 C. c.).*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: SUS REQUISITOS: *Concurren, pues, los tres requisitos exigidos por jurisprudencia constante y uniforme para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, cuales son la identificación del objeto, el título legítimo de dominio del reivindicante y la mera detentación del demandado; debiendo en este caso la parte actora ser reembolsada por la Corporación Municipal de las costas procesales, conforme dispone el artículo 371 de la Ley de Régimen Local. (Sentencia de 27 de diciembre de 1974; ha lugar.)*

6. PROPIEDAD HORIZONTAL: DAÑOS A PROPIETARIOS INDIVIDUALES POR FALTA DE REPARACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES: ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO: *Combatidas las afirmaciones de hecho de la Sentencia recurrida en los motivos 1.º y 2.º del recurso, formulados al amparo del número 7.º del artículo 1.962 de la LEC en los que se alega respectivamente en el primero, el error*

de hecho en la apreciación de las pruebas, citando como documento auténtico la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento que acredita que el edificio estaba proyectado en sus pisos bajos para lonjas comerciales, variándose su destino al ser utilizados como viviendas y, en el segundo, el error de derecho en la valoración de la prueba, habiéndose incurrido en violación de los artículos 1.218, 1.242 y 1.243 del Código civil, ambos tienen que ser desestimados: el primero, porque el destino del local, sea comercial o de vivienda, en nada influye en el hundimiento o conservación de la solería; pues en todo caso las humedades infiltradas por la no reparación a tiempo de los elementos comunes hubieran producido los mismos efectos, y el segundo, porque los artículos que se dicen violados, aunque son determinantes del valor probatorio de los documentos públicos y de la prueba pericial, no son eficaces a los fines pretendidos, ya que el documento público, certificación del Ayuntamiento antes aludida, es inoperante, como queda dicho, y en cuanto a los informes periciales, porque relegando el artículo 1.243 del C. c. el valor de esta prueba a las disposiciones de la LEC, esta Ley, en su artículo 632, dice que "los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de los peritos". (Sentencia de 24 de abril de 1975; no ha lugar.)

NOTA.—Para mejorar comprensión del supuesto de hecho del caso debatido en esta Sentencia del T. S. transcribimos seguidamente su primer considerando: **CONSIDERANDO:** que son afirmaciones de hecho de la Sentencia impugnada; 1.º Que los actores en el pleito, hoy recurridos, son propietarios, en régimen de propiedad horizontal, cada uno de un local en la planta baja de la casa número 29, de la calle Ibagaine, de Las Arenas, y demandan a la comunidad de propietarios de dicha finca la reparación de determinados daños producidos en sus respectivos locales usados por ellos como vivienda. 2.º Que dichos daños consisten en el relajamiento del pavimento, que llevó consigo el agrietamiento de tabiques interiores y la deformación de los ensamblajes de madera de la solería, así como la erosión del hormigón de dos de los pilares sobre los que se eleva la finca, dejando al descubierto su armazón de hierro. 3.º Que dichos deterioros fueron ocasionados por las siguientes causas: a) por mal funcionamiento y ruptura de los bajantes de desagüe; b) por ruptura del solado del patio interior que facilitó la penetración de aguas en el piso bajo; c) por defectuoso funcionamiento de pozo séptico; causas que, al no haber sido reparadas a su debido tiempo por la Comunidad, ya que se trata de averías en los elementos comunes, toman especial relieve al objeto de determinar a quien corresponde la obligación de pagar los daños producidos en los bajos, aunque sean de propiedad individual, tema fundamental del juicio y del recurso.

7. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La existencia de un simple error no integra el vicio de incongruencia.*

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALTERACIÓN DE ELEMENTO COMÚN: MOLESTIAS DE LETRERO LUMINOSO: *Con un letrero luminoso formado por ocho paneles, cuyas dimensiones son considerables, se altera el aspecto general externo del edificio siendo susceptibles de ocasionar molestias para los vecinos inmediatos; no se puede equiparar a efectos de publicidad la colocación de carteles en la planta baja y la entreplanta autorizados por su naturaleza, destino y características.*

con el resto del inmueble dedicado a viviendas. (Sentencia de 31 de octubre de 1974; no ha lugar.)

8. **USUFRUCTO, NUDA PROPIEDAD Y PLENO DOMINIO: COMUNIDAD DE BIENES O INCIDENCIA DE TITULARIDADES:** *El concepto y esencia de la comunidad de bienes requiere que los derechos que estén en común, sean de la misma e idéntica naturaleza, no pudiéndose reconocer la existencia de una comunidad entre titulares de derechos de distinta naturaleza, cuales son el usufructo, la nuda propiedad y el pleno dominio, que a lo sumo, como dijo la Sentencia de 5-6-1929, podrá motivar una incidencia de titularidades jurídicas sobre un mismo objeto, pero en modo alguno una comunidad en su sentido estricto.* (Sentencia de 17 de marzo de 1975; no ha lugar.)

9. **RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA:** *El artículo 878 del Código de comercio es claro y terminante en cuanto a declarar la nulidad de los actos que haya realizado el quebrado en el período a que se retrotraiga la declaración de quiebra, sin admitir distingos de ninguna clase, comprendiendo lo mismo a los actos del quebrado, que a los que se hayan realizado por delegación de él o en su sustitución.*

RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA: FECHA DE LA NULIDAD: *Si la nulidad se hubiera de limitar únicamente a los actos ejecutados con posterioridad a la fecha en que quedara firme la declaración que fija la época de retroactividad, tal declaración de nulidad resultaría supérflua, pues nunca podría obtenerse hasta después de haberse declarado la quiebra y entonces ya no se podría hablar de retroactividad.*

RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA: SALVEDAD DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: *Si el acto de constitución de la hipoteca tuvo lugar en fecha comprendida en el período de retroacción, es evidente que resulta afectado de nulidad y, consiguientemente, de igual defecto adolecerán cuantas actuaciones o procesos—incluso judiciales— hayan partido de tal hipoteca, siempre que hayan sido impugnados en tiempo y forma y los bienes no hayan pasado a poder de terceros adquirentes que queden amparados por la protección registral que las dispensa la ley especial.*

TERCERO HIPOTECARIO: DEFECTO DEL RECURSO: *Incide en falta de claridad y precisión el motivo del recurso que acusa la interpretación errónea del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para después razonar, y a su modo, la violación por inaplicación de dicha norma.*

TERCERO HIPOTECARIO: *El motivo citado incurre además en el error de atribuir el concepto de tercero hipotecario a quien no merece tal calificativo por haber intervenido como parte en el negocio inscrito que se combate; en efecto, la Sentencia ha afirmado rotundamente—sus aseveraciones no han sido atacadas—que es la misma parte interesada quien figura como titular del asiento de constitución de hipoteca y, después, como único postor y adjudicatario en la subasta.*

TERCERO HIPOTECARIO: MALA FE: *Aunque se diera por bueno que el interesado fuera tercero hipotecario, nunca podría calificársele de buena fe, puesto que la sentencia afirmó —y no ha sido atacada por la vía oportuna— que el demandado tenía conocimiento de las causas de nulidad que afectaban a la hipoteca y al procedimiento, toda vez que sabía la declaración de quiebra, que en ésta se denunciaba la nulidad de las hipotecas a su favor constituidas y la fecha de retroacción de la quiebra, y a pesar de ello acudió a la subasta de las fincas gravadas.*

TERCERO HIPOTECARIO: ARTÍCULO 37 DE LA LEY HIPOTECARIA: *La aplicación de este artículo exige, como primer supuesto, que se trate de una adquisición a favor de tercero, y para que pueda hablarse de tercero hipotecario tienen que existir dos actos adquisitivos inscritos, pues solamente bajo esta idea de un subadquiriente puede comprenderse el juego íntimo del artículo 34, el cual, como declaró la Sentencia de 26 de junio de 1901, presupone siempre una segunda enajenación, que en el caso litigioso no ha habido.*

COSA JUZGADA MATERIAL: *El procedimiento para el ejercicio de la acción hipotecaria que se regula en los artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria es sumario y ejecutivo especial y la resolución definitiva que en el mismo recaiga no puede invocarse como constitutiva de cosa juzgada en los juicios declarativos que después se susciten. (Sentencia de 1 de febrero de 1974; no ha lugar.)*

NOTA.—Tiene especial interés esta Sentencia porque rectifica la doctrina sentada por la S. T. S. de 17 de marzo de 1958, en el sentido de que la retroacción de la quiebra afectaba siempre al tercer adquirente, el cual nunca podría invocar a su favor la especial protección que le brinda el artículo 34 L. H. Con ella se confirma la Sentencia posterior de 31 de mayo de 1960, la cual, lo mismo que la extractada, parte de la base de que puede ser perfectamente aplicable el artículo 34, a pesar de la nulidad radical decretada por el artículo 878 del C. de c., y simplemente se excluye el juego del repetido artículo 34, por no darse los requisitos de este artículo y haberse comprobado claramente la mala fe del que se titulaba tercero hipotecario. L. D. C.

10. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Aunque aparentemente haya alguna contradicción sobre este extremo en la doctrina de esta Sala, ha de concluirse que el Juzgado infringe el artículo 1.253 del C. c., tanto en el caso de que su deducción resulte absurda, ilógica o inverosímil, como en el supuesto de que no deduzca debiendo hacerlo, por existir entre el hecho demostrado y aquel que se trata de demostrar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que la ley exige.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No es inseguro acudir a esta prueba, pues su eficacia es igual a la que tienen los demás medios de prueba que relaciona el artículo 1.215 del C. c., e incluso en algunos casos de rango superior, cual acontece con las presunciones legales iuris et de iure, así como cuando el hecho incierto debatido no tenga demostración eficaz por medios directos, y muy especialmente en aquellos casos, como los de simulación y actos fraudulentos, en que se trata de comprobar hechos que han querido tener ocultos sus autores.*

RETRACTO GENTILICIO EN NAVARRA: PRESUNCIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA VENTA: *El conjunto de hechos probados lógicamente conduce a concluir que el actor tuvo conocimiento completo de todas las condiciones y circunstancias en que se realizó la venta en la misma fecha en que se otorgó la escritura pública e incluso que con anterioridad sabía las condiciones en que se iba a concertar, por haber intervenido directa y personalmente en la generación de dicho contrato.*

CADUCIDAD DEL DERECHO A RETRAER: MANIOBRA FRAUDULENTE: *Se comprueba, en definitiva, la existencia de una maniobra engañosa y fraudulenta del demandante, tendente a situar su conocimiento cabal de la venta dentro del término de nueve días que para el ejercicio del derecho de retracto establece el artículo 1.524 del C. c., intentando con ello, aunque estérilmente, eludir la ya producida caducidad de su derecho a retraer. (Sentencia de 26 de noviembre de 1973; ha lugar.)*

11. ACCIÓN DE RETRACTO: CÓMPUTO DEL PLAZO: CONOCIMIENTO DE LA VENTA Y DE SUS CONDICIONES: CONSUMACIÓN DEL CONTRATO: *Para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad se exige que el retrayente conozca en momento oportuno de una manera total y completa no sólo la venta, sino todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado, por lo que en el presente caso no puede admitirse que el juicio de retracto está entablado después de caducado el plazo de nueve días, porque es obvio que no puede estimarse iniciado el mismo el día de la subasta, dada la letra y espíritu del artículo 1.524 del C. c. y de todo el sistema doctrinal de este Tribunal, del que se desprende que el plazo para entablar el retracto, cuando no se ha inscrito la transmisión en el Registro de la propiedad, ha de contarse no desde la perfección del contrato, sino desde la consumación que en el caso de autos sería el del otorgamiento de la escritura de venta, secueña de la subasta. (Sentencia de 20 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

3. Obligaciones y contratos.

1. COMPENSACIÓN DE DEUDAS: REQUISITOS: *Para que la compensación proceda es necesario —como el artículo 1.196 del Código civil prescribe— que las cantidades que trata de compensarse “sean líquidas y exigibles”, y como la Sentencia recurrida estima que la deuda que se esgrime por vía reconventional para la compensación no es líquida y vencida, no puede sostenerse fundadamente que se viole el artículo 1.202 invocado, porque para ello sería preciso que el recurrente acreditase que la aludida deuda era líquida y vencida, y que la mencionada sentencia había errado en la calificación, nada de lo cual demostró ni intentó demostrar. (Sentencia de 15 de febrero de 1974; no ha lugar.)*

2. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No puede apreciarse su falta cuando resulta que el demandado no ha probado su alegación de que había entregado a otras personas parte de la cantidad que se le reclama; en todo caso,*

tales personas no han tenido la menor participación en el negocio jurídico que dio origen a la primera entrega, y las mismas están ligadas exclusivamente con el recurrente por virtud de relación jurídica distinta y del todo independiente de la que vincula a los contendientes y de la que nace la acción que postula el actor.

DONACIÓN "INTER VIVOS": *Las infracciones denunciadas de ciertos artículos del Código sobre la donación han de decaer, pues arrancan del supuesto de hecho, que niega la Sentencia recurrida, de que por parte del actor ha existido intención de donar; la Sentencia, por el contrario, declara probado que el actor, al abrir las cartillas a nombre del demandado, se reservó la libre facultad de disponer de las cantidades ingresadas, por lo que concluye que no hay "animus donandi", ni donación existente y válida.*

DONACIÓN "MORTIS CAUSA": *El motivo del recurso que razona sobre la validez de este tipo de donación parte de la base falsa de creer que la Sentencia recurrida reconoce que las imprecisiones bancarias litigiosas revisten la naturaleza de estas donaciones, cuando lo cierto es que la Sentencia afirma que no hay "animus donandi" y sólo como hipótesis polémica, para el caso de que existiera, añade a mayor abundamiento que tales donaciones "mortis causa" requieren para su efectividad adaptarse a las formalidades testamentarias, y serían esencialmente revocables.*

"ANIMUS DONANDI": *No se puede hablar de existencia de donación ni "inter vivos", ni "mortis causa", mientras falte el esencial requisito del "animus donandi". (Sentencia de 28 de abril de 1975; no ha lugar.)*

3. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: COMPRAVENTA DE ÁRIDOS Y NO SUMINISTRO: *Dado que en el documento básico no se mencionan ni la cantidad ni el plazo, no procede su calificación como contrato de suministro, por lo que no significó compromiso de entrega de la totalidad de los áridos que hubiera de necesitar la empresa demandada para la obra que luego contrató, sino que las distintas entregas de grava, arena y guijillas que la parte actora entregó a aquélla vienen a constituir compraventas mercantiles distintas e independientes, al darse en ellas los requisitos determinados en el artículo 325 C. de c., concretándose cada venta o contrato mediante la entrega y recepción de cada partida o cargamento, suponiendo aceptación para el comprador la retirada de los productos de la cantera y obligándose con ello a pactar el precio pactado. (Sentencia de 31 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

El problema se plantea por la elevación de precios de los áridos ocurrida en 1.º de enero de 1970. Para el año anterior las partes habían fijado el precio en un intercambio de notas. La parte actora puso en conocimiento de la empresa demandada la elevación de la tonelada de 25 pesetas a 110 a partir del 1.º de enero de 1970, pese a lo cual esta última continuó suministrándose de aquélla; ello significa aceptación tácita del nuevo precio.

4. COMPRAVENTA DE MAQUINARIA: CLÁUSULA PENAL POR DEMORA: *Se rechaza expresamente la aplicación de la cláusula penal por cuanto existen rei-*

terados y constantes incumplimientos por ambas partes, dándose una bilateral y recíproca situación de "non adimpleti contractus", y con apoyo legal en el artículo 1.154 C. c. que permite al juzgador modificar equitativamente la pena convencional.

PETICIÓN DE CUMPLIMIENTO: SEÑALAMIENTO DE NUEVO PLAZO POR LOS TRIBUNALES: *Si se da valor autónomo a la petición resolutoria formulada reconventionalmente por el actual recurrente, al oponerse a la reclamación de cumplimiento es preciso tener en cuenta que el artículo 1.124 permite al juzgador no acceder a la misma y señalar plazo si existen causas justificadas que lo autoricen, cuya apreciación y valoración corresponden al prudente arbitrio de la Autoridad Judicial. (Sentencia de 25 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

5. COMPRAVENTA DE PARTIDA DE VINO: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: "DAMNUM EMERGENS": *Declarado por la Sala que el contrato de compraventa mercantil de 320.000 kilogramos de vino tinto fue incumplido en parte por el vendedor, coincidiendo tal incumplimiento con un movimiento alcista en el mercado que alcanzó hasta el 50 por 100 del precio contratado, y habiendo optado el comprador por la resolución del contrato, no se infringe el artículo 329 C. comercio al hacer consistir los perjuicios irrogados en la diferencia existente entre el precio del contrato incumplido y el corriente en el mercado de origen en la época convenida para la entrega, ya que tal diferencia es determinante de la pérdida real sufrida por el comprador en su patrimonio a consecuencia del incumplimiento, criterio ya mantenido en las Sentencias de 14 de octubre de 1905 y 14 de febrero de 1964. (Sentencia de 27 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

6. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y CASACIÓN: *Según reiterada doctrina de esta Sala, la interpretación de los contratos permite llegar al campo de la casación, bien por el cauce formal del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de Derecho derivadas del contrato, dejando de atribuir a los hechos probados las consecuencias jurídicas que les son propias, lo cual ha de hacerse con sujeción a las reglas establecidas en los artículos 1.281 a 1.289 del C. c.; o ya con sujeción al número 7.º del mismo artículo de la Ley Procesal, cuando la interpretación nace por sí de los hechos mismos tenidos en cuenta por el Juzgador, como derivación de una prueba que le fue ofrecida por las partes, la cual requiere, para ser combatida, la alegación de un error de Derecho o de hecho, suficiente y necesario para justificar, de modo evidente, el que le es atribuido. Siendo igualmente doctrina reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es en principio facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, aunque cupiere alguna duda sobre su absoluta exactitud, siempre que aquella fuere racional.*

DOBLE VENTA DE FINCA: PREFERENCIA ENTRE COMPRADORES: *Hallándose conformes las partes en la existencia de la doble venta de la finca, el problema se circunscribe a determinar la preferencia entre los compradores, y a esta*

especial finalidad provee el artículo 1.473 del Código civil, en el sentido de deferirla a favor de quién obtuvo la inscripción registral primeramente, y en defecto de ella —caso de autos—, al comprador que de buena fe era anterior en la posesión, y a falta de tal circunstancia posesoria, en beneficio del que ostente título más antiguo, condicionado también a la buena fe adquisitiva; y habiéndose declarado en la Sentencia recurrida que la adquisición hecha por los actores es precedente a la realizada por la recurrente, en virtud del doble concepto de ser primeros en la posesión y presentar además título de fecha más antigua —no desvirtuado eficazmente por la alegación de haber incurrido el juzgador de instancia en error de derecho al admitir la instalación de carteles anunciadores como equivalente a la toma de posesión de la finca por los actores—, han de ser desestimados los motivos, debiendo confirmarse el fallo, con la consiguiente atribución del dominio al patrimonio de los actores al no constar su mala fe. (Sentencia de 18 de febrero de 1974; no ha lugar.)

7. DOBLE VENTA: CALIFICACIÓN DE LA PRIMERAMENTE OTORGADA EN DOCUMENTO PRIVADO: *La alegación de que este documento contiene una promesa de venta no puede prosperar, puesto que demuestra que se trata de una verdadera compraventa el hecho de que las partes no tratan de proyectar al futuro un nuevo concierto de voluntades, sino que lo cierran, incluso con entrega parcial del precio y otorgamiento de la oportuna carta de pago, y, además, porque ésta es la interpretación aceptada por la instancia, la cual, ni se combate con invocación de los artículos adecuados ni, aunque así lo fuera, podría prosperar por ser materia confiada a la instancia y sólo revisable en casación cuando sea absurda o desproporcionada.*

DOCUMENTO PRIVADO: FECHA AUTÉNTICA: *Por la presentación ante Notario de dicho documento, en junio de 1966, para requerir de los firmantes su elevación a escritura pública, adquiere autenticidad en cuanto a la fecha, con arreglo al artículo 1.227 del Código civil.*

DOBLE VENTA: ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO: *Hay que aplicar este artículo, que atribuye la propiedad, para el caso de doble venta de inmuebles no inscritos, a quien sea primero en la posesión, que fueron los recurridos, y a falta de ésta, a quien presente título más antiguo que también son ellos, siempre que haya buena fe, que también la tienen, mientras que no la hay en el comprador de la escritura pública posterior, de 1968, pues según afirmación tajante de la Audiencia, conocía en tal momento la existencia del anterior documento privado.*

ACCESIÓN INVERTIDA: *Esta institución, de creación jurisprudencial, que acarrea la incorporación del suelo a lo edificado, cuando se ha procedido de buena fe y el valor de lo edificado es notoriamente superior al del suelo, requiere como elemento primordial la buena fe del que edifica, lo que según los postulados de hecho no se da, y también que se trate de "suelo" sin edificar, y el propio recurrente alude en la demanda a que en el terreno había ya una construcción.*

INCONGRUENCIA: *No la hay, aunque se haya postulado en la demanda la cesación del arrendamiento y se haya proclamado en la Sentencia de segundo grado, sin petición de parte, la inadecuación del procedimiento, pues este acuerdo se apoya en leyes procesales de indeclinable acatamiento y puede ser pronunciado de oficio y además aceptada en la instancia la tesis de la demandada de que no era arrendataria, sino propietaria, no hubiera nunca podido pasar la Sentencia a analizar las tesis que partían de que era inquilina.* (Sentencia de 22 de febrero de 1975; no ha lugar.)

8. CONTRATO DE OBRA: OBRAS ADICIONALES: HECHOS PROBADOS: *El motivo del recurso en el que se alega, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., la indebida aplicación del artículo 1.593 del C. c. tiene que decaer porque no se respetan en su razonamiento los hechos que da por probados la instancia respecto de ciertas obras adicionales que, según afirma la propia Sentencia, estaban autorizadas por el propietario, quien, según su literal expresión, "visitaba las obras todos los días y examinaba la marcha de las mismas, por todo lo cual está evidenciada la autorización dada a tal aumento de obra y modificaciones respecto al proyecto inicial".*

MORA: INTERESES: RECLAMACIÓN DE MAYOR CANTIDAD: *No existe mora, única razón de la condena al pago de intereses, cuando la cantidad solicitada resulta ilíquida, o sea, cuando para conocer la cuantía de la deuda se precisa seguir el juicio, sin que pueda considerarse deudor moroso aquel al que se reclama mayor cantidad de la debida.* (Sentencia de 28 de febrero de 1975; ha lugar.)

9. RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑOS DERIVADOS DEL MAL FUNCIONAMIENTO O INTALACIÓN DE ALJIBE EN UN EDIFICIO: NO SON DAÑOS ESTRUCTURALES, POR LO QUE NO ES DE APLICACIÓN EL ARTÍCULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.902 Y PRESCRIPCIÓN ANUAL DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN: *No es aplicable el artículo 1.591 C. c. al caso de daños que no fueron producidos en el edificio, sino en elementos muebles ajenos al mismo, los que no forman parte del concepto estructural de la construcción, ya que el artículo citado hace referencia a un edificio cuya ruina se debiera a vicios de la construcción. Probadamente que los daños producidos en los diversos muebles se han originado por el mal estado del flotador y la falta de cuidado por parte de las personas encargadas de su funcionamiento, se está en el supuesto previsto por el artículo 1.902 C. c., que obliga a tener en cuenta, para la prescripción de la acción de reparación, el número 2.º del artículo 1.968 C. c.* (Sentencia de 27 de febrero de 1975; no ha lugar.)

NOTA.—Por documento privado suscrito en 15 de diciembre de 1967, la actora y hoy recurrente había comprado a los demandados un sótano y local comercial en edificio a construir por éstos, estipulándose un pacto de reserva de dominio en tanto no se hubiese pagado la totalidad del precio, que quedaba aplazado por un término máximo de treinta y seis meses. Concluida la construcción y entregadas las llaves del local, entró la compradora en posesión del mismo, destinándolo a negocio de venta y exposición de muebles. Posteriormente, en los primeros días de octubre de 1969, se produjeron filtraciones de agua por

los techos y paredes, mojando y destrozando la mayoría de los muebles que se encontraban en el sótano. Atribuía la actora la causa de la inundación y de los consiguientes destrozos a que "en el sótano del edificio de autos se construyó un aljibe de agua para las necesidades del edificio, cuyo aljibe fue construido de forma totalmente defectuosa, ya que sus paredes no fueron impermeabilizadas en la totalidad de su altura", y a que "el sistema automático destinado a regular el llenado del referido aljibe funcionaba mal por tener una boya insuficiente, lo que hizo que el agua rebasara el aljibe, corriera por las paredes y techos y mojara todo el sótano y parte de la planta principal".

Los demandados, entre otras alegaciones, opusieron la de prescripción de la acción, que estimó en su Sentencia el Juez de Primera Instancia, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Recurrida en apelación, la Audiencia Territorial confirmó esta Sentencia.

Al rechazar el recurso de casación interpuesto por la actora, parte el Tribunal Supremo de recordar las afirmaciones fácticas en que se asienta la Sentencia recurrida, afirmaciones que subsisten en cuanto no desvirtuadas por el adecuado cauce del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.: "que la inundación acaecida ...fue causada por el mal estado del "flotador" del aljibe, o por deficiente estado actual o de instalación de éste, que funcionaba en el inmueble como cosa común al servicio de los vecinos, o interesados propietarios individualizados, instrumento de servicio de cotidiano uso que desde luego está excluido del concepto estructural de la construcción o de sus plantas, y que en su funcionamiento y rendimiento merece atención y cuidado por parte del administrador o de la persona designada al efecto".

Se enuncia a continuación, en el mismo y denso "considerando" único, la doctrina arriba extractada, cuyo hilo argumental parece merecedor de ciertas puntualizaciones:

A) Conviene, en primer lugar, despejar la confusión que podría suscitarse con la afirmación de que "los referidos daños no fueron producidos en el edificio, sino en elementos muebles ajenos al mismo": podría creerse que se alude a los daños producidos en los muebles que, para su exposición y venta, tenía la actora en el local afectado por la inundación (justamente los "daños" cuya reparación se reclamaba), siguiéndose de ello, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia, que tales daños no estarían cubiertos por el artículo 1.591 C. c. Pero semejante conclusión debe ser descartada, en cuanto se asienta en una ecuación daños-vicios incorrectamente referida al dictado de aquel precepto. Sancionando la responsabilidad por ruina (sea total, parcial, funcional o virtual) de un edificio debida a "vicios de la construcción", cabe considerar la exclusión del artículo 1.591 de los vicios "no estructurales": mas no cabe inferir, por tal vía, que la reparación de los daños provocados en bienes muebles por dicha ruina no esté cubierta por aquella responsabilidad: ello no sólo por la evidente diferencia conceptual entre vicio de la construcción —causa— y daño reparable —efecto— (por más que en ciertos casos pueda el vicio no provocar más daño que el consistente en su misma existencia), sino también porque el citado artículo 1.591 no restringe el ámbito de los daños reparables ("...responde de los daños y perjuicios..."), que sólo aparecen tipificados por razón de su origen (para GARCIA CANTERO, G., *La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código civil*, A. D. C., XVI, 1963, p. 1104, resulta claro que "la obligación de indemnizar se extiende a todo daño causado por la ruina de un edificio, tanto a las personas (vida, integridad) como al patrimonio"; cfr., en la propia jurisprudencia, Sentencias de 20 de abril de 1915 y 19 de febrero de 1959, entre otras.

Por consiguiente, no parece exista otro modo de entender cabalmente la aseveración de la Sentencia anotada que el de referir los señalados "daños" no a los producidos en los muebles de la actora, sino a las deficiencias del aljibe que se desbordó, única que, en cuanto "vicios" (y sobre el presupuesto, tampoco rigurosamente deducible de los hechos, de considerar al aljibe por

completo independiente de la obra inmobiliaria), cabría entender al margen de la idea estructural que delimita el supuesto de la norma del artículo 1.591 (la brevedad de esta nota no nos permite más que aludir a la distinción entre “gros ouvrages” y “menus ouvrages” que en el Derecho francés opera la aplicación del artículo 1.792 en relación con el 2.270 del *Code*, como suficientemente ilustrativa de la cuestión que aquí se suscribe; para nuestro Derecho baste la cita de un autor como DE LA CÁMARA MINGO, en el tomo IV del *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, dirigido por GARCÍA-GALLO y LÓPEZ ORTÍZ, Madrid, 1964, p. 545, quien sostiene la aplicación del artículo 1.591, además de la obra estructural en sentido estricto, a las obras de carácter accesorio, que llama “instalaciones complementarias”, como “ascensores, conducciones de agua y electricidad, instalaciones sanitarias, etc.”).

B) No menos confuso resulta, en otro aspecto, el repertorio causal de los daños establecido por la Sentencia. La base fáctica —que se mantiene— de la resolución combatida indicaba, no sin cierta imprecisión, una pluralidad de causas o concausas del daño: “que la inundación acaecida ... fue causada (1) por el mal estado del “flotador” del aljibe, o (2) por deficiente estado actual, o (3) de instalación de éste” (se alude aquí, sin duda, al aljibe y no al flotador, a menos que se quisiera incurrir en una reiteración sin sentido). Pero esta pluralidad causal no parece coherentemente ponderada cuando, más adelante, la propia Sentencia anotada atiende exclusivamente “al mal estado del flotador y la falta de cuidado por las personas encargadas de su funcionamiento”, siguiendo la terminante deducción de que “los daños producidos en los diversos muebles se han originado por no haber sido empleados por aquellas (es decir, “el administrador” o “la persona designada al efecto”), los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias.

Queda en pie, así, una alternativa no enteramente consecuente: 1) o sólo existió una causa del daño: el defectuoso funcionamiento del flotador; 2) o varias fueron las causas que concurrieron a su producción: en síntesis, defectos de instalación y funcionamiento del aljibe.

En el primer caso —al que en definitiva parece atenerse la Sentencia— puede resultar razonable la imputación exclusiva a las personas encargadas de tal funcionamiento. Lo sorprendente es, entonces, el cauce argumental que sigue: tratándose de una acción u omisión culposa o negligente de las sancionadas en el artículo 1.902 C. c., la acción de reclamación ha prescrito por imperativo del 1968-2.º. La excepción de prescripción, apreciada en cuanto a unos sujetos que no han sido demandados, se hace de esta suerte operativa respecto de otros (los demandados) que por hipótesis son considerados ajenos a los hechos de que surge la acción. ¿No hubiera sido más apto, para fundar la absolución de los demandados, el terreno de la causalidad que el de la prescripción?

Tampoco si atendemos al segundo supuesto parece estar el camino exento de dificultades. Admitida aquella diversidad de causas, ¿se sugiere acaso que los defectos de instalación del aljibe dejaban de comprometer la responsabilidad de los constructores —vendedores— para incumbir de modo exclusivo a la diligencia de los encargados del funcionamiento? ¿Exoneraba esta negligencia de aquella responsabilidad, de suerte que la superposición del defecto de conservación viniese a diluir la entidad del vicio de instalación? Más correcto parece pensar, en principio y a falta de más detalladas precisiones, que tal negligencia pudiera operar, a lo sumo, como elemento limitador o delimitador de la responsabilidad de los constructores-vendedores. Pero la definitiva exclusión de esta responsabilidad, por aplicación del artículo 1.968-2.º, en relación con el 1.902 C. c., significa dar por resueltas (y en el peor de los casos por no existentes) cuestiones tan espinosas como la de la acumulación o no de las responsabilidades contractual y aquiliana, en conexión con las derivadas de la compraventa de un local en edificio a construir o en curso de construcción, desde el punto de vista de los vicios o defectos de la cosa objeto del contrato. Cuestiones que, lamentablemente —y aunque el recurso

de casación planteaba algunas de ellas, si acaso de modo no enteramente correcto, a lo largo de siete motivos—, quedaron marginadas de la Sentencia.

J. C. P.

10. CONTRATO DE OBRA: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA DE PERITOS: *La prueba de peritos no es combatible en casación, porque el dictamen de ellos emanado no ostenta el rango de documento o acto auténtico, ya que por sí solo no acredita de modo irrefutable un hecho, sino el juicio personal o convicción formada por los peritos; dicha prueba ha de ser apreciada según las reglas de la sana crítica y en relación con el resultado de otras pruebas, siendo ya reiterado el criterio jurisprudencial que determina que el análisis, calificación y valoración de los dictámenes periciales corresponden a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, sin que contra ella quepa recurso alguno.*

CONTRATO DE OBRA: IMPUESTO GENERAL SOBRE EL TRÁFICO DE EMPRESAS: SUJETO OBLIGADO AL PAGO Y REPERCUTIBILIDAD: *Los contribuyentes por este tributo lo son las empresas, fabricantes o industriales que lleven a cabo obras o realicen ventas, con carácter de habitualidad, tributo éste que aquéllos podrán repercutir sobre los adquirentes de bienes o dueños de las obras, en el caso de ejecución de las mismas mediante contraprestaciones a esta actividad, cuya repercusión constituye un derecho del sujeto obligado al pago, y que ha de hacerse constar cuando no se renuncie, en la factura o documento análogo, que será insustituible en las operaciones que realicen aquellos contratistas y fabricantes, y como todo esto es precisamente lo que se ha observado por la parte actora, es obvio que no puede oponérsele por la parte demandada si se llevó a cabo o no el ingreso de la cantidad correspondiente a este impuesto por la demandante en el acto de facturarse, porque es lo cierto, que en todo momento ha de responder de su abono e ingreso en el Tesoro Público el que verdaderamente tiene la cualidad de contribuyente y sujeto pasivo del impuesto.* (Sentencia de 28 de febrero de 1975; no ha lugar.)

11. CONTRATO COMPLEJO DE SUMINISTRO DE ÁRIDOS: SUSPENSIÓN DE SU RECEPCIÓN POR DIFICULTADES ADMINISTRATIVAS: AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO: *No hay posibilidad de imputar incumplimiento contractual a ninguna de ambas partes y, en particular, respecto al suministrado, hay que tener en cuenta: a) que los incidentes surgidos fueron debidos a sus relaciones con la Administración en su calidad de empresa concesionaria de las obras del Plan Redta, por causa de expropiaciones fallidas; b) que no se le puede imputar dolo o culpa cuando reconoce la otra parte haberle anticipado a cuenta de futuros suministros hasta unos seis millones de pesetas; c) porque dadas las dificultades administrativas con las que tropezaba la demandada, tampoco cabe atribuirle actitud rebelde al cumplimiento del contrato, al solicitar la suspensión de las obras justificada por dichas dificultades, y d) porque los términos del contrato no dan base para una rígida exigencia del cumplimiento contractual, cuando el ritmo de entrega estaba supeditado al de la obra.*

INTERDEPENDENCIA CONTRACTUAL: *Al ser interdependientes la relación contractual de suministro de áridos y la concesión administrativa, la resolución de*

esta última ha de repercutir necesariamente en el contrato de suministro, debiendo eliminarse toda intención aviesa en el demandado en lo que pudiera aparecer como voluntaria resolución de la concesión en perjuicio del suministrador. (Sentencia de 18 de febrero de 1975; no ha lugar.)

Supuesto de hecho sumamente complejo en el que conviene destacar: 1.º Que no se trata de un puro o simple contrato de suministro, sino que, de una parte, el suministrado ofrecía sus propias canteras para que el suministrador realizara la extracción de los materiales, y, de otra, anticipaba fuertes sumas para la adquisición de la costosa maquinaria especializada que dicha extracción exige. 2.º Que ante la interrupción en la recepción de áridos, la Sentencia del T. S., así como las de ambas instancias, han apurado el análisis de lo que Díez-PICAZO denomina "factores etiológicos subjetivos" (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1970, p. 851), olvidando la dirección jurisprudencial de las Sentencias de 16 de mayo de 1941 y 25 de noviembre de 1946, según las cuales un incumplimiento debido a fuerza mayor también permite el ejercicio de la acción resolutoria. 3.º Que el T. S. recoge con alguna vacilación la figura de los contratos conexos o coligados, que han sido poco estudiados por la doctrina española (cfr. MESSINO, *Il contratto in genere*, I, pp. 719 ss.).

G. G. C.

12. CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE: INEFICACIA POR FALTA DE FORMALIZACIÓN PREVIA A LA ACTUACIÓN JUDICIAL: *Según los artículos 11 en su inciso 2.º y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22-12-1953, solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente o la pendencia de esta última formalización impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intente someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que, a tenor del inciso 1.º del artículo 11 de la propia Ley, si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10 de la misma, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto; orientación que, suponiendo un avance con respecto a nuestro Derecho anterior, desconocía la figura de dicho contrato preliminar, sigue postergándolo si la iniciativa de cualquiera de los contendientes no se anticipa a la acción judicial poniendo en marcha el mecanismo del arbitraje.* (Sentencia de 18 de febrero de 1974; no ha lugar.)

13. CLÁUSULA COMPROMISARIA O CONVENIO PRELIMINAR DE ARBITRAJE: *La cláusula pactada en un contrato de obra conforme a la cual, en caso de divergencia, "ambas partes acuerdan someterse al arbitraje de equidad, según las disposiciones en vigor", no integra de por sí más que un convenio preparatorio de arbitraje, a los que hace referencia el artículo 6 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que autoriza a las partes intervinientes a comprometerse en su día si hubiere lugar a ello, a un arbitraje, pero en modo alguno la referida cláusula puede reputársela como eficaz, para reconocer a su través la existencia de aquel contrato, sino en todo caso del convenio preliminar o pre-contrato regulado por los artículos 7, 8 y 9 de la citada Ley, que no puede producir otro efecto que el de compelerse recíprocamente las partes a la formalización del contrato de arbitraje, al amparo de lo que determina el artículo 9 de la misma Ley o en su defecto acudir al Juzgado, en súplica de lograr*

la formalización judicial del mismo, ninguno de cuyos supuestos se ha dado en el caso presente, por lo que conforme a lo que determina el artículo 11 de la repetida Ley de Arbitraje, debe quedar sin efecto aquel convenio preliminar. (Sentencia de 3 de abril de 1975; ha lugar.)

14. VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS: TERCERÍA DE DOMINIO: RESERVA DE DOMINIO: INOPONIBILIDAD A TERCEROS POR FALTA DE INSCRIPCIÓN O POR CADUCIDAD DE LOS ASIENTOS REGISTRALES: *De conformidad con lo que se establece en el artículo 23 de la Ley de 17-7-65, reguladora de la venta a plazos de bienes muebles, la inscripción de los contratos en el Registro de reservas de dominio y prohibición de enajenar es de inexcusable observancia para que puedan ser oponibles a los que no intervinieron en ellos y, habida cuenta de que de los cinco contratos de compraventa objeto de pleito, uno de ellos no se ajusta al modelo establecido en la Ley Especial ya mencionada, ni fue inscrito, y los otros cuatro extendidos en ese modelo e inscritos, en fechas anteriores al embargo de la maquinaria vendida, aparecen caducados en la certificación librada por el Registro Mercantil, es evidente tanto la inoponibilidad a la parte demandada de las reservas de dominio ya expresadas, como que la certificación registral acredita, de manera auténtica, la equivocación indudable de la Sala de Instancia, al no tener en cuenta la caducidad de los asientos registrales.* (Sentencia de 19 de abril de 1975; ha lugar.)

15. CONTRATO DE DEPÓSITO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Al constituirse el depósito por el recurrido en propio nombre y en representación de su hermana, lo hicieron en forma indistinta y respecto de bienes cuya propiedad la tenían por concepto de herencia, y no constando haberse practicado la partición a la misma, a todos los herederos les correspondía sobre cada uno de los bienes, una cuota ideal, por lo que cualquiera de ellos podía reclamarlos sin perjuicio de la acción que al otro heredero correspondiera para reclamar su derecho.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: DEPÓSITO: POSESIÓN SIN "ANIMUS DOMINI": *La interpretación de los contratos es facultad privativa de la Sala de Instancia que debe prevalecer sobre la de las partes, salvo que aquéllas sea ilógica o absurda, y como en el caso presente no tiene tales caracteres, sino que, por el contrario, se limita a declarar el alcance de unas cláusulas literales absolutamente claras, y por otra parte fue premisa fáctica que el Estado poseyó los bienes litigiosos como depositario sin "animus domini", es evidente la improperabilidad del tercer motivo.*

POSESIÓN "ANIMUS DOMINI" Y "ALIENO NOMINI": REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Los restantes motivos del recurso parten del supuesto de la posesión de los bienes depositados con "animus domini" por parte del Estado, haciendo por ello supuesto de la cuestión, ya que fue declarado como hecho que eran poseídos "alieno nomini" y en concepto de depositario sin que tal hecho haya sido atacado por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de L. E. C., debiendo por tal causa ser desestimados, puesto que la usucapición requiere la posesión en nombre propio y con buena fe.* (Sentencia de 5 de febrero de 1974; no ha lugar.)

16. **CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE; EXCEPCIÓN DE COMPROMISO:** *Conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, y la doctrina de las Sentencias de 26 de septiembre de 1964, 29 de marzo de 1969 y 18 de febrero de 1974, solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente, o la pendencia de esta última especie de formalización, impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intenta someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10 de la Ley, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto.*

CLÁUSULA PENAL; REVOCACIÓN DE PODER IRREVOCABLE: *La Sentencia recurrida declara sin impugnación eficaz en el recurso que no se ha probado un uso abusivo del apoderamiento, debiendo tenerse presente que la eficacia de toda cláusula penal está subordinada al hecho de que exista incumplimiento de aquella precisa obligación, en cuya garantía fue estipulada la pena, y en el presente caso ésta fue estipulada para el supuesto de que se revocaran los poderes otorgados o que se otorguen, los cuales habrían de tener carácter irrevocable. (Sentencia de 19 de abril de 1975; no ha lugar.)*

17. **TERCERÍA DE DOMINIO O DE MEJOR DERECHO; CONDICIONES DEL TÍTULO PARA ENTABLARLA:** *La primera condición que ha de reunir el título presentado en el juicio de tercería, tanto de dominio como de mejor derecho, es la de que se funde en actos jurídicos que tuviesen realidad en el momento de practicarse el embargo por otro acreedor, debiendo utilizar contra el que hizo el embargo un título legítimo de preferente validez obstativa del derecho del acreedor embargante en el momento de ejecutarse el embargo.*

PRELACIÓN DE CRÉDITOS; EMBARGO ANOTADO Y ESCRITURA DE HIPOTECA NO INSCRITA: *Es doctrina reiterada en numerosas Sentencias que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros créditos anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la Sentencia, que sería en su caso el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación, pues si hubiera que atenerse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro en el caso de la anotación preventiva, carecería de sentido la aclaración final del número 4.º del artículo 1.923 del C. c.*

ANOTACIÓN DEL EMBARGO; NATURALEZA Y EFECTOS: *El embargo, como acto procesal, y su subsiguiente proyección registral, la anotación, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, habiendo declarado la Jurisprudencia que la anotación preventiva no constituye título traslativo ni produce efectos contra.*

terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, aunque no hayan sido registrados antes. (Sentencia de 21 de febrero de 1975; ha lugar.)

NOTA.—A modo de aclaración transcribimos literalmente el tercer considerando y el comienzo del cuarto, que dicen: “CONSIDERANDO: Que en el caso de autos nos encontramos con que los títulos que se confrontan son: de una parte un mandamiento de ejecución despachado en 23-1-70 en procedimiento ejecutivo, habiéndose anotado preventivamente el embargo en 28 de los mismos mes y año, y de otra parte una escritura pública de hipoteca otorgada ante Notario en 22-10-69 en favor de la entidad tercerista, que no se inscribió en el Registro de la Propiedad hasta el 29-1-1970, ante lo cual la Sentencia recurrida desestima la tercería fundada, en primer término, en que la prelación para el pago se establece en el artículo 1927 del Código civil, según cuyas normas la anotación preventiva del embargo es preferente a la hipoteca por ser ésta posterior, y en segundo lugar, porque hasta la inscripción de dicha escritura únicamente contenía un crédito consignado en escritura pública, por ser en la hipoteca constitutiva la inscripción, por lo que antes de ella sólo contenía un crédito de los comprendidos en el número 3.º A del artículo 1.924.

CONSIDERANDO: Que se olvida, sin embargo, la Sentencia recurrida de que, en primer término, el artículo 1.927 del Código civil citado por dicha Sentencia al tratar de la prelación de créditos, hace referencia en su regla segunda a los comprendidos en el número cuarto del artículo 1.923, que son los anotados preventivamente en el Registro en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre los bienes anotados *y sólo en cuanto a créditos posteriores...*”

18. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: COSA JUZGADA CIVIL DERIVADA DE SENTENCIA CONDENATORIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR; DOCTRINA GENERAL: *Es doctrina jurisprudencial sentada en la interpretación, entre otros, de los artículos 100, 108 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 1.251 y 1.252 C. c., que ejercitada ante la jurisdicción criminal la acción civil en reclamación de los daños y perjuicios causados por un hecho tipificado como delito o falta y resuelto sobre ella en la correspondiente sentencia penal, queda consumida o agotada la pretensión del perjudicado, sin que pueda ser ejercitada de nuevo ante la jurisdicción civil la acción de esta naturaleza fundada en la misma causa o razón de pedir, aunque la sentencia condenatoria recaída en el proceso penal omitiere determinados pronunciamientos, pues no es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción.*

COMPETENCIA RESTRINGIDA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL: *Aunque es cierto, como se dijo en la Sentencia de 29 de diciembre de 1972, que una jurisdicción ajena no puede extralimitarse a declarar la nulidad de las resoluciones firmes de otra, ello no es óbice para que la jurisdicción civil pueda delimitar la eficacia que, dentro de su esfera y en orden a la apreciación de la cosa juzgada, ha de concederse a determinada declaración hecha por la jurisdicción penal militar.*

RESERVA DE ACCIONES: *Aparte de que las reservas de acciones en favor de los litigantes, aun siendo innecesarias e inoportunas, no dan ni quitan de*

rechos, jamás pueden entenderse esas reservas en el sentido de que es lícito que vuelva a ventilarse en otro juicio de la misma cuestión entre las mismas personas, sobre las mismas cosas y por idéntica razón de pedir. (Sentencia de 5 de abril de 1975; no ha lugar.)

19. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: MUERTE POR ATROPELLO; CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: *Según declara la sentencia recurrida, la persona que resultó víctima del accidente, hombre de setenta y cinco años, usuario de gafas desde muchos años, sin tener en cuenta para nada la dificultad y peligros que ofrecía el cruce de la calle por sitio distante 64 metros del más próximo paso de peatones, y a una hora en que la intensidad del tráfico es de todos conocida, irrumpió en la calzada y sorteando los vehículos que ascendían por la mitad derecha de la calle, logró alcanzar el eje de la calzada señalado con línea amarilla y, en lugar de detenerse y esperar a que la circulación de vehículos le permitiera consumir su propósito de cruce y llegar a la acera, no lo hizo así, sino que, persistiendo en su irreflexiva y peligrosa actuación, penetró en dicha mitad de la calle en el preciso momento en que llegaba a su altura el automóvil del recurrido, que, a pesar de circular conduciendo con cuidado y atenta diligencia, no pudo evitar el atropello; de tales hechos se deduce que el resultado luctuoso se produjo por culpa exclusiva de una acusadísima carencia de toda previsión y cuidado en el obrar de la víctima, dando con ello evidente muestra de una grave y temeraria imprudencia que por sí sola fue más que bastante para generar el accidente.*

ERROR DE HECHO: PRUEBA: *Los documentos que se invocan como auténticos no lo son, ya que constituyen "xerocopias" de dos croquis topográficos que, aunque ostentan el sello de la Jefatura de Tráfico, carecen de la firma del funcionario o funcionarios que deberían atestiguar su fehaciencia; aunque estuvieran revestidos de autenticidad, tampoco contienen afirmaciones rotundas y concretas, incompatibles con las proclamadas por la sentencia como base del fallo.*

AFIRMACIONES A MAYOR ABUNDAMIENTO SOBRE LA INculpABILIDAD DEL CONDUCTOR: *La sentencia recurrida no basa su tesis absolutoria en la circunstancia de no haberse demostrado la culpabilidad del autor, sino en que el accidente se produjo por la culpa exclusiva de la víctima, agregando a mayor abundamiento que además no se ha demostrado que el demandado hubiera dejado de actuar con la atención y diligencia exigibles.*

PRESUNCIÓN DE CULPA: *La doctrina legal establecida en la Sentencia de 11 de marzo de 1971, y en las que la misma cita, no resulta violada por la sentencia recurrida, ya que, en último término, la declaración de que no se demostró la negligencia del conductor, sino todo lo contrario, que éste actuó con toda la diligencia exigible, viene a destruir la citada presunción de culpabilidad.* (Sentencia de 12 de abril de 1975; no ha lugar.)

Conviene destacar en el presente caso la cuidada redacción de la sentencia de la Audiencia, recogiendo los hechos significativos en orden a demostrar

la culpa exclusiva de la víctima como única causa del atropello. Sin embargo, hay que reconocer que la utilización "a mayor abundamiento" (*obiter dicta*) de argumentos, tales como la falta de culpa en el causante material del accidente, enturbia la claridad del razonamiento. Si la muerte se debió a la culpa exclusiva de la víctima, dicho queda que no puede haber intervenido ninguno otro factor causal jurídicamente relevante. Pero si la sentencia trata de "exculpar" de alguna manera al conductor del vehículo, alegando que no se ha demostrado su negligencia, demuestra cierta vacilación al enjuiciar su conducta. También merece anotarse la mezcla indiscriminada de la jurisprudencia dictada a propósito del artículo 1.902, cuando se acciona con base en la Ley del Automóvil. Convendría clarificar el tema y declarar que la doctrina legal sobre inversión de la carga de la prueba, presunción de culpa, responsabilidad por riesgo, etc., es inaplicable cuando se invoca la ley especial.

G. G. C.

20. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: MUERTE DE UNA NIÑA AL ENTRAR EN FINCA AJENA PARA BAÑARSE: AUSENCIA DE CULPA DEL DUEÑO: *La sentencia da por probados los siguientes hechos: 1.º El 11 de julio de 1971 la hija de los recurrentes, de catorce años de edad, acompañada de una amiga de casi la misma edad, se introdujeron en la finca del demandado, donde existía una gran charca, producida al llenarse de agua de lluvia el hueco de una cantera de arcilla que estaba en condiciones reglamentarias de explotación. 2.º Que se dirigieron voluntaria y conscientemente a tomar un baño en dicha charca al igual que lo habían hecho en ocasiones anteriores. 3.º Que por circunstancias desconocidas, no saber nadar, corte de digestión u otra similar, perecieron ahogadas; teniendo en cuenta la voluntariedad de la acción de entrar en el agua para bañarse, como lo habían hecho varias veces antes, se descarta la hipótesis del deslizamiento por accidente involuntario, único que en su caso, cuando el propietario de la finca no hubiera tomado medidas de precaución, podría acarrear la responsabilidad culposa de un tercero, siendo cuestiones marginales la existencia de letreros anunciadores del peligro y que las niñas fueran o no analfabetas, así como que hubieran comido fruta antes de bañarse.*

OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA: *Por mucho que se objetive la responsabilidad por culpa, nunca puede llegarse a la plena objetivación de ella en nuestro sistema civil actual, y la imprevisión del tercero, aun apreciada con mayor rigor a través de la inversión de la carga de la prueba, cede ante la voluntaria asunción del riesgo por parte de la víctima; no obstante, las precauciones tomadas por el dueño de la cantera, factor incontrolable por dicho tercero, ya que, en el presente caso, sólo pudo serlo por los familiares de la niña que acampaban en los alrededores del lugar. (Sentencia de 16 de junio de 1975; no ha lugar.)*

Dos afirmaciones de este sentencia merecen algún comentario. En primer lugar, la relativa a "la voluntaria asunción del riesgo por parte de la víctima" cuando ésta tiene catorce años. ¿Puede hablarse de tal asunción con plenos efectos civiles por parte de una menor de edad sujeta a la patria potestad? Obsérvese que ni siquiera es penalmente responsable de sus actos. Por otro lado, hay que llamar la atención sobre la vaguedad de la frase siguiente: "Por mucho que se objetive la responsabilidad por culpa, nunca puede llegarse a la plena objetivación de ella en nuestro sistema civil actual". Con ella parece

apuntarse a la primacía el artículo 1.902 como principio rector de la responsabilidad civil frente a los regímenes "especiales" de responsabilidad más o menos objetiva. Pero tal orientación queda desmentida por la reiterada aplicación de la jurisprudencia correctora del artículo 1.902 a campos diversos de los acotados por las leyes especiales. La solución de la sentencia absolviendo al dueño de la finca parece justa. Como da a entender la sentencia, son los padres los verdaderos responsables de la muerte de la niña; declaración que no cabía en este proceso. (G. G. C.).

21. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: "DIES A QUO": CUANTÍA DEL DAÑO Y POSIBILIDAD DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN: *La posibilidad legal de ejercitar la acción de indemnización requería la determinación cuantitativa de lo reclamado para poder valorar lo dejado de percibir durante el tiempo que estuvo incapacitado para el trabajo y las incapacidades que pudieran quedar, y en el presente caso el lesionado, aparte de su curación, ha venido precisando asistencia casi constantemente; pero ello no es obstáculo para que el plazo de prescripción comience a correr, dado que en el parte médico de Sanidad se describen minuciosamente las lesiones que sufrió, las deformidades y defectos que le quedaron, el tiempo que tardó en curar y el de imposibilidad para el trabajo, por todo lo cual al momento de presentación de la demanda había transcurrido el plazo prescriptivo de la acción previsto en el artículo 1.968-2.º C. c. (Sentencia de 16 de junio de 1975; ha lugar.)*

De las fórmulas que utiliza el legislador para determinar el *dies a quo* de la acción aquiliana, la general del artículo 1.969 ("desde el día en que pudieron ejercitarse") y la específica del 1.968-2.º ("desde que lo supo el agraviado"), la sentencia utiliza la primera, ya sea por las dificultades de prueba que plantea el reconocimiento del daño, ya sea porque entre ambas hay mayor identidad de la que parece a simple vista, ya que para poder ejercitar la acción es preciso que esté previamente determinado el *quantum* del daño o firmes las bases para su ulterior fijación en ejecución de sentencia. El mayor problema estribaba en que se trataba de daños continuados que requieren asistencia casi permanente, a pesar de que se haya emitido el parte de alta. Dice Díez-PICAZO: ¿Cuándo comienza en tales casos la prescripción: cuando el daño se inicia o se origina, o cuando el daño ha cesado ya? (*La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, p. 240). No parece que la mera emisión de un parte médico de alta, probablemente a efectos sumariales, deba fijar en todos los casos el *dies a quo* del plazo prescriptivo.

G. G. C.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS PRODUCIDOS POR INCENDIO DE MONTE: ACCIÓN EJERCITADA POR ICONA: PRUEBA POR PRESUNCIONES: *Reconocido por el propio demandado que quemó unos espinos o malezas sobre las 17 horas del día 7 de marzo de 1971, y que al regresar a su domicilio oyó voces de que había fuego en la finca "Las Arillas"; que dicha finca es terreno de monte poco apto para el cultivo, y en su parte baja se encuentran matas quemadas y existe un rastro de incendio, y que en el citado día no se quemaron más espinos y malezas que los de la finca del demandado; se deduce de todo ello que el fuego tuvo necesariamente que producirse por consecuencia del provocado por el demandado en su propia finca, ya que la combustión es un fenómeno físico que no se produce por generación espontánea, sino por la acción*

agentes físicos o químicos, que en el día de autos exigían intervención humana, y este enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho consecuencia no puede quebrar por las circunstancias que recoge la sentencia recurrida, como son el ambiente húmedo y frío, y la circunstancia de que la finca del demandado y recurrido estuviese cercada por una parea, pues basta una simple pavesa encendida llevada por el viento para que el incendio se inicie; por todo lo cual hay que concluir que el incendio de los montes colindantes con la finca, consorciados con ICONA, es pura consecuencia del producido por el demandado.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD: *El proceso lógico realizado es acorde con la doctrina que ve en la causa toda singular condición en defecto de la cual el evento no se habría verificado (conditio sine qua non), en la que desemboca una precedente situación de equilibrio, haciendo que concurra un nexo de causalidad idóneo entre el hecho culposo y el daño.* (Sentencia de 28 de febrero de 1975; ha lugar.)

Esta sentencia, de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, es notable por circunstancias diversas. Se cuenta entre las primeras —si no es la primera— resueitas por el T. S. en pleitos en que es parte ICONA; se basa en la prueba indirecta de los requisitos exigidos por el artículo 1.902 C. c. para exigir responsabilidad al causante del fuego; razona la teoría que aplica al tema difícil y poco esclarecido por la doctrina civilista, de la relación de causalidad. El recurso interpuesto por el abogado del Estado en representación del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza, es estimado por el T. S., confirmandose la sentencia de primera instancia dictada por el Juez de Primera Instancia de Avila.

G. G. C.

22. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: MUERTE POR CAÍDA A SÓTANO DE ESTABLECIMIENTO PÚBLICO NO SEÑALIZADO: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y NO SUSPENSIÓN: *Hay que atribuir al requerimiento notarial eficacia interruptora de la prescripción y no de suspensión de ella, sin necesidad de interposición de la demanda dentro de los dos meses siguientes al requerimiento, aplicándose la misma regla a la demanda de pobreza, por todo lo cual al interponerse la acción, no había prescrito.* (Sentencia de 18 de marzo de 1975; no ha lugar.)

4. Arrendamientos.

1. SUPUESTO ARRIENDO COMPLEJO: VIABILIDAD DEL JUICIO DE DESAHUCIO: *El hecho de que en el contrato de arriendo se inserten, además de los elementos propios del arrendamiento, cláusulas atípicas, como las de arreglo del firme del camino de acceso, derecho preferente a la adquisición de la chatarra producida y de exoneración de responsabilidad por lesiones a los trabajadores, no supone complejidad del arriendo que excluya la aplicabilidad del juicio de desahucio, pues se trata de obligaciones conexas, pero no determinantes, sino subordinadas al tiempo de duración del contrato, que en nada modifican los elementos esenciales del arriendo.*

COMPRAVENTA: TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD: *Del contrato de compraventa nace únicamente una obligación de entregar la cosa, pero no transfiere la propiedad y el acreedor de tal obligación no adquirirá derecho real alguno sobre la cosa hasta que haya sido entregada.*

CASACIÓN: DEFECTO FORMAL: *Constituye defecto formal determinante de inadmisibilidad el no citar el concepto en que se reputa cometida la infracción.*

CASACIÓN: CUESTIONES NUEVA: *No cabe admitir en casación cuestiones nuevas.* (Sentencia de 2 de junio de 1975; no ha lugar.)

2. ARRENDAMIENTOS COMPLEJOS: COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS: *Cuando la doctrina jurisprudencial conceptúa complejo un contrato de arriendo, toma como base fundamental la complejidad de relaciones jurídicas que exceden de las que simple y estrictamente integran la de orden arrendaticio, consistente en la cesión del uso y goce de una o varias cosas determinadas a cambio de una contraprestación en concepto de renta.*

COMPLEJIDAD IMPROPIA POR PLURALIDAD DE OBJETOS: *Puede hablarse —aunque de modo impropio— de complejidad en el contrato cuando el objeto arrendado es plural, con pluralidad que implica disparidad, como ha sucedido en el caso de varias sentencias —16 mayo 1945, 17 abril 1948 y 29 mayo 1950—, supuestos en los que entre en juego una posible divergencia que suscite dudas atinentes a si lo arrendado fue una industria o un local de negocio o un precio rústico o todo ello conjunta, pero diferenciadamente, con la inevitable disparidad normativa que excedería de los límites concretos de la LAU, pero tales supuestos han sido resueltos valorando si el conjunto constituía o no un todo unitario e indivisible para aplicar, en caso afirmativo, la norma atinente al conjunto de las cosas arrendadas y, en el supuesto contrario, ateniendo al predominio o principalidad de algunos de los elementos integrantes sobre los demás.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *La conclusión interpretativa obtenida por el juzgador de instancia debe prevalecer frente a la particular e interesada de quien recurre, a menos que se pruebe que la primera es ilógica, irracional o contraviene un precepto legal.* (Sentencia de 12 de junio de 1975; no ha lugar.)

3. ARRENDAMIENTO COMPLEJO: DESAHUCIO POR EXPIRACIÓN DEL PLAZO PACTADO: *No es inadecuado el proceso sumario de desahucio para poner término a un contrato de arriendo por causa de expiración de plazo, aunque el arriendo sea complejo, ya que la causa de desahucio por terminación del plazo pactado se halla expresamente prevista en la LEC.*

CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Los constituyen: el invocar conjuntamente dos conceptos distintos de infracción: violación y aplicación indebida del mismo precepto y el formular un recurso sin señalar o especificar el concepto de*

la infracción que se pretende acusar. (Sentencia de 16 de abril de 1975; no ha lugar.)

4. ARRENDAMIENTO URBANO; OBLIGACIÓN DE USO POR PARTE DEL ARRENDATARIO: *El arrendatario está obligado a usar la cosa arrendada (artículo 1.555, 2.º, del C. c.).*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO O CIERRE: JUSTA CAUSA: *Debe entenderse que concurre justa causa para el cierre, cuando el hecho que motivó el mismo no sea imputable al arrendatario, por constituir una causa extraña y superior a su voluntad, o sea, un hecho ajeno por completo a su simple comodidad o conveniencia. Tiene ya declarado el T. S. que el traslado del negocio a otro local de la misma población, con cierre del establecimiento en que antes se ejercía, pone de relieve el cese voluntario y la conveniencia en el mismo.*

CAMBIO DE NEGOCIO EN EL LOCAL: *El cambio de tipo de negocio a realizar en el local arrendado —transformación de farmacia en tienda de confitería—, contraviniendo lo pactado en el arriendo, es contrario a lo dispuesto en el artículo 1.555 C. c. e ilícito, por consiguiente, aunque, por sí solo, sea insuficiente, en general, para determinar la resolución del contrato por tal causa. (Sentencia de 24 de febrero de 1975; ha lugar.)*

5. FINALIDAD DE LA TUTELA DE LA L. A. U.: *La legislación especial de arrendamientos urbanos tiende a proteger una necesidad económico-social, dando garantías de estabilidad a la posesión arrendaticia, para evitar posibles especulaciones y abusos en un estado de escasez de inmuebles urbanos y, en su virtud, falta la causa de aquella protección, entre otros casos, cuando se demuestra que la necesidad no existe.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO DE ALMACÉN: *La denegación de prórroga por no uso es aplicable a los almacenes, ya que cabe al cierre no considerado como cierre al público —ya que en el almacén no hay apertura al público—, sino como cese de la actividad a que el local se hallaba contractualmente destinado. (Sentencia de 25 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

6. ARRIENDO EXCLUIDO DE LA L. A. U. POR FALTA DE HABITABILIDAD DE LA COSA ARRENDADA: *La L. A. U. otorga la calificación de local de negocio a las "edificaciones habitables", cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercer en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo, y por ello no cabe incluir en tal concepto los casos en que no concurre la habitabilidad del local, como ocurre en el supuesto de arriendo de "un quiosco y una vitrina" que no revisten el carácter de cosa inmueble, ya que al impedir, cuando están en funcionamiento, que se cierre la puerta, han de quitarse todas las noche, so pena de dejar abierta la puerta constantemente. (Sentencia de 5 de junio de 1975; no ha lugar.)*

7. **ARRIENDO DE TEMPORADA; CARÁCTER ESENCIAL DE LA TEMPORALIDAD DE LA ACTIVIDAD NEGOCIAL:** *Es inadmisibile la tesis del arrendatario de que el arrendamiento no es de temporada por el hecho de la ininterrumpida ocupación de los locales olvidando que, no obstante, tal ocupación, la actividad negocial en los locales arrendados no se desarrolló de modo continuado, al quedar suspendida al período de tiempo en que el complejo turístico del que forma parte está abierto y en explotación; esto es, a la duración de la temporada turística local.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN CASACIÓN: *Cuando la interpretación de los contratos —por el órgano “a quo”— es combatida en casación, ha de prevalecer la del órgano de instancia siempre que sea racional.*

VALOR DE LA CONFESIÓN EN JUICIO: *Una de las tres dimensiones que determinan el ámbito de eficacia de la confesión es su contenido, que sólo vincula al órgano jurisdiccional por su eficacia privilegiada probatoria, cuando las declaraciones del confesante le son perjudiciales.*

CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Es defecto formal la no expresión del concepto de la infracción; también lo es alegar conjuntamente conceptos anagnónicos. (Sentencia de 22 de noviembre de 1975; no ha lugar.*

8. **ENAJENACIÓN JUDICIAL FORZOSA: PERFECCIONAMIENTO:** *El perfeccionamiento de la enajenación judicial forzosa no se produce sino por el concurso de la oferta y de la aceptación definitiva sobre la cosa y el precio, debiendo advertirse, en cuanto a la oferta, que está constituida no por los anuncios de la subasta los que no representan más que una “provocatio ad offerendum”, sino por cada postura de los licitadores, y en cuanto a la aceptación definitiva corresponde otorgarla al órgano jurisdiccional en vista de la mejor postura, habiendo de entenderse que no existe tal aceptación, cuando anunciaba aquella puja al público, así como el nombre del mejor postor, el Juez suspende la aprobación del remate y no adjudica la cosa al mejor licitador.*

CADUCIDAD DEL RETRACTO ARRENDATICIO URBANO DEL INQUILINO: *El T. S. ha declarado que no es precisa la notificación al inquilino (que constituye el hecho del que arranca el ejercicio del derecho de retracto, marcando el “dies a quo”) cuando, con conocimiento de la transmisión consumada, renuncia el locatario, expresa o tácitamente a su derecho. Pero si la enajenación o venta no se perfeccionó ni consumó el día de la subasta, sino en fecha posterior, en que se aprobó el remate, y si no consta que el retrayente conociera la aprobación del remate antes de la fecha en que se le notificó la venta documentada en escritura pública, es llano que no puede hablarse de renuncia tácita al derecho de retracto ni de caducidad de la acción correspondiente, máxime cuando la consumación de la transmisión del dominio, que sería el hecho decisivo al respecto, no tuvo efecto hasta el otorgamiento de dicho instrumento público.*

NOTIFICACIÓN A EFECTO DE TANTEO: ENAJENACIÓN EN SUBASTA: *Los efectos de la notificación, a efectos de la posibilidad de ejercitar la acción de tanteo*

y que en su caso quede enervada la posibilidad de un ulterior retracto, no pueden entenderse suplidos por el hipotético conocimiento, por el inquilino, de la mejor postura ofrecida en la subasta y del nombre del mejor licitador, pues para ello hubiera sido necesario que ya en el momento de la subasta estuviera claro que tal postura era aceptable, por reunir las condiciones legales y que en el mismo momento hubiese suspendido el Juez la aprobación del remate para que dentro del plazo legal pudiera ejercitarse el derecho de tanteo. (Sentencia de 21 de abril de 1975; ha lugar.)

9. PROPIEDAD HORIZONTAL: CARÁCTER DE ELEMENTO COMÚN DE LA PORTERÍA: *En virtud de lo dispuesto, tanto por el Reglamento de Porterías, como por el art. 396 C. c. y el 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, la portería tiene carácter de elemento común, existiendo inseparabilidad, entre las viviendas y los elementos comunes, en los inmuebles en régimen de propiedad horizontal.*

RETRACTO DE INQUILINO: EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN DE LA ALÍCUOTA DE PORTERÍA: *Si el inquilino ejercitó la acción de retracto referida sólo a la vivienda y consignó el precio correspondiente a ésta, con exclusión de la dieciseisava parte de la "vivienda portería" transmitida conjuntamente con la vivienda, el retracto es improcedente. (Sentencia 3 marzo 1975; ha lugar.)*

10. VALOR DE DOCUMENTOS PRIVADOS RESPECTO A TERCEROS: *Un documento privado carece de eficacia para dejar sin efecto una venta de fincas objeto de retracto ya que, en cuanto a su fecha, carece de eficacia con respecto a tercero, cual lo es el retrayente, con anterioridad a la fecha de su presentación o entrega a un funcionario público por razón de su cargo; concretamente, tal documento presentado por primera vez en el acto de contestación a la demanda de retracto, es ineficaz para anular, en perjuicio del retrayente, la enajenación en que se fundamentó el retracto.*

RETRACTO DE ARRENDATARIO: INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS: *Como tiene declarado la jurisprudencia de la Sala I, dada la finalidad protectora de la LAU, tendente a facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad, las normas que regulan el retracto deben interpretarse sin olvido de dicho espíritu o finalidad, cuidando de evitar puedan prevalecer argucias o maniobras encaminadas a facilitar el logro de un resultado contrario a la justicia.*

IMPUGNACIÓN DE ERROR DE HECHO EN INJUSTICIA NOTORIA: DOCUMENTOS: *Es reiterada la jurisprudencia de la Sala I según la cual no son eficaces para demostrar el error en la apreciación de la prueba, los documentos que fueron interpretados y analizados por el órgano "a quo". (Sentencia 8 julio 1974; no ha lugar.)*

11. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": NATURALEZA: *Con arreglo al art. 58 LAU, el carácter de arrendatario no se adquiere automáticamente al fallecimiento del titular contractual, sino que lo que nace, entonces, es una facultad, que puede ejercitarse o no, de subrogarse en lugar de aquél, las personas, por el orden y en las condiciones que en dicho precepto legal se indican,*

imponiendo el mismo la obligación de notificarlo al arrendador dentro de un plazo perentorio.

RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR RUINA; NOTIFICACIÓN A INQUILINOS Y ARRENDATARIOS: *Lo único que exige el art. 114, 10.º de la LAU es que al iniciarse el expediente administrativo de ruina, se cite a todos los inquilinos o arrendatarios y, por tanto, no comprende a los que no tuvieren tal carácter, ni por contrato, ni por subrogación en tiempo y forma. (Sentencia 6 marzo 1975; no ha lugar.)*

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR NECESIDAD; PLAZO DE EJERCICIO: *Lo que la Ley exige es que la acción resolutoria no se entable hasta que haya transcurrido el plazo por el que se pactó el arriendo, pero no que el preaviso no pueda efectuarse antes del vencimiento del contrato, siempre que se haga con un año de antelación a la fecha en que el arrendador desee ocupar la finca y sea posterior, esta fecha, al vencimiento del término contractual del arriendo.*

ANTICIPO DE RENTA: NO SUPONE UN NUEVO TÉRMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO CONVENIDO POR LAS PARTES: *No puede atribuirse al hecho de que el inquilino anticipara un semestre de renta, la desorbitada significación que pretende el arrendatario, de que dicho anticipo determina el establecimiento de un nuevo plazo contractual en el que no entre en juego la prórroga forzosa. (Sentencia 12 febrero 1975; no ha lugar.)*

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR HABER TENIDO EL ARRENDATARIO A SU DISPOSICIÓN OTRA VIVIENDA: *Si el arrendatario tuvo a su disposición, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda, dos pisos, de mayor extensión superficial y situación análoga al que ocupa en virtud del arriendo cuya prórroga se deniega, ambos terminados y en disposición de satisfacer sus necesidades de vivienda, habiendo dicho arrendatario sufragado los gastos de adquisición de tales pisos (y no sus hijos, que carecen de bienes propios y conviven con él bajo su dependencia económica), procede la denegación de prórroga al amparo de la causa 5.ª del art. 62 LAU.*

PRUEBA DE LA EDAD: *No cabe impugnar, en injusticia notoria, una declaración de hecho sobre la edad de una persona cuando el art. 327 establece para ello un medio especial (las certificaciones del Registro civil).*

ADQUISICIÓN DE INMUEBLE NO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La adquisición de pisos de un inmueble constituye un derecho real de los previstos en el art. 62, 5.º de la LAU con independencia de que su titularidad se haya inscrito o no en el Registro de la Propiedad. (Sentencia 21 marzo 1975; no ha lugar.)*

NOTA: *La sentencia dice que aunque el inquilino hubiera cedido a sus hijos los pisos en cuestión, el mismo día de la cesión habría tenido los dos pisos a su disposición, e incurrido en la causa de denegación de prórroga.*

14. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CIERRE DEL LOCAL: JUSTA CAUSA DE CIERRE; TEMPORALIDAD ACREDITADA DE LA JUSTA CAUSA: *La doctrina del T. S. declara que, para que la causa alegada justifique el cierre es necesario que la misma influya o repercuta en la aptitud o capacidad del arrendatario para ejercer en el local la actividad comercial que hasta entonces había venido desarrollándose de modo que le impida, transitoriamente, el desenvolvimiento de las actividades necesarias para que el negocio instalado pueda continuar desarrollándose normalmente, pues si el impedimento es permanente, no constituye justa causa del cierre; si en el caso enjuiciado, los dictámenes periciales silencian de forma absoluta respecto a la duración del tratamiento en el padecimiento del demandado, produciéndose la posibilidad de no volver a abrir éste el local arrendado, procede dar lugar al recurso y decretar la resolución.* (Sentencia 30 abril 1975; ha lugar.)

15. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO DE LOCAL POR CIERRE DEL MISMO: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN: *No se ha violado la ley al decretar la resolución por cierre del local, pues aunque han transcurrido más de quince años, la infracción legal en que incurrió el arrendatario ha venido subsistiendo durante todo ese lapso de tiempo y como el plazo de prescripción empieza a correr desde que el actor pudo ejercitar la acción, ésta continúa sin vencer en la actualidad, porque el año anterior a la presentación de la demanda, el local ha permanecido cerrado al público durante seis meses, llevando la solución contraria al absurdo de que, por las mismas razones, pudiera prescribir la obligación de pago de la renta para el futuro si hubiera prescrito la anualidad más retrasada.* (Sentencia 17 marzo 1975, no ha lugar.)

NOTA: En contradicción con una posterior sentencia de 22 abril 1975 de la propia Sala, se sostiene en esta sentencia la doctrina de la imprescriptibilidad de la acción resolutoria por cierre del local; el que el hecho resolutorio se mantenga a lo largo del plazo de prescripción, desde el inicio del mismo, no parece razón válida para decidir de ello una consecuencia tan grave cual es la imprescriptibilidad de la acción; tal mantenimiento se da, por ejemplo, en supuesto de obras, de cambio de configuración mantenido durante más de 15 años y, pese a ello, no se ha afirmado la imprescriptibilidad de dicha acción, siendo evidente que, de buscar alguna analogía habría que referirla a la resolución por obras y no a la motivada por falta de pago. Hay que esperar que prevalezca el criterio sustentado en la posterior Sentencia de 22 abril 1975.

J. P. R.

16. RESOLUCIÓN POR CONVERSIÓN DE LOCAL DE NEGOCIO ABIERTO AL PÚBLICO EN ALMACÉN: PRESCRIPCIÓN: *Si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que la conversión de un local de negocio abierto al público, en almacén para la guarda y depósito de mercaderías y enseres, complementario de la actividad comercial e industrial del arrendatario, equivale al cierre en sentido jurídico y posibilita la denegación de prórroga y la consiguiente resolución del arriendo de tal local, también lo es que la acción que al propietario podría corresponder para resolver el contrato, se extingue por la prescripción de quince años desde que pudo ejercitarse. Hay que estimar la prescripción si la transformación se realizó el año 1955, y conocida desde entonces por el*

arrendador, no es denunciada hasta el año 1973 en que se presentó la demanda resolutoria.

INJUSTICIA NOTORIA: EXIGENCIA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *El no citarse con claridad y precisión el concepto por el que se cometió la infracción y la causa o causas en que se funde el recurso, es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación.* (Sentencia de 22 de abril de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

NOTA.—La sentencia rechaza acertadamente la tesis del recurso, según la cual mientras el local está cerrado no empieza a correr el plazo de prescripción.

17. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR NO USO; CAMBIO DE DESTINO EQUIPARADO AL NO USO COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN: *Si la sentencia recurrida declara probado que el destino inicial del local de negocio fue el de fábrica de tabacos y, como complemento, posteriormente, en una parte de la planta baja del local, un despacho dedicado a la venta de labores de la fábrica, habiéndose desplazado posteriormente la fábrica a otro lugar, subsistiendo, en parte del local arrendado, la actividad de venta al público, aunque perdiendo importancia la venta de las labores de la fábrica y ganándola la venta de periódicos, revistas, artículos de juguetería, etc., propios de un pequeño bazar, es acertada la resolución de arriendo decretada por el Tribunal de Instancia aplicando rectamente la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 22 de diciembre de 1970 y 8 de junio y 18 de diciembre de 1971.* (Sentencia de 2 de abril de 1975; no ha lugar.)

NOTA.—No resulta fácil justificar esta resolución, ya que, en definitiva, en el supuesto contemplado por la sentencia no existió cierre del local, sino simplemente cambio de destino, cambio de una actividad industrial y comercial por actividad mercantil con tienda abierta al público y sabido es que, con arreglo al artículo 114 de la LAU, el cambio de destino no es causa de resolución; no es de extrañar por ello la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Primera Instancia; lo que ya resulta mucho más difícil de comprender es el criterio sustentado por la Audiencia y el T. S.

J. P. R.

18. DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO: PROCEDIMIENTO A SEGUIR: *Es constante y reiterada la doctrina, según la cual la sustanciación de los litigios que versen sobre el derecho de retorno de un arrendatario al inmueble reedificado deberá ajustarse a las normas procesales señaladas en el artículo 126 de la LAU, por tratarse de acción propia de la relación arrendaticia urbana y fundarse en derecho reconocido en la misma; si en un proceso basado en tal causa no se plantea la discusión sobre la existencia o inexistencia del contrato —que sería ventilable conforme a las leyes procesales comunes—, sino que lo que se pide, en primer lugar, es la pura y simple identificación del local de negocio deducida de la unidad de los locales arrendados o de la prevalencia de uno de ellos sobre el otro, pero siempre sobre la base de un contrato de arriendo reconocido por las partes, la cuestión encaja en el ámbito procesal de la LAU.* (Sentencia de 4 de marzo de 1975; no ha lugar.)

NOTA.—El recurso había sostenido, infundadamente, que para determinar si había unidad o pluralidad de contratos precisaba acudir al proceso civil común.

19. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CONOCIMIENTO O CONSENTIMIENTO DE LA INFRACCIÓN POR EL ARRENDADOR: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *Si la sentencia de la Audiencia no desconoce las circunstancias de hecho alegadas por el demandado, pero declara que las mismas no pueden considerarse demostrativas de la anuencia del arrendador a la sustitución operada y considera improbadamente la intervención del consentimiento que enervase la acción de resolución de contrato ejercitada, no cabe estimar el recurso deducido contra la sentencia resolutoria.* (Sentencia de 22 de marzo de 1975; no ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR SUBARRIENDO: OCUPACIÓN POR RELACIÓN DE SERVICIOS: *Autorizado el arrendatario contractualmente a que en el local tenga su vivienda el empleado de aquel que ejerza las funciones de guarda y vigilante, no procede la resolución por subarriendo con base en el hecho de que en el local arrendado tenga su vivienda una persona que, según la sentencia, "a quo" es el guarda del arrendatario, y sin que a tal conclusión obste el que dicho guarda no esté afiliado a la Seguridad Social.* (Sentencia de 19 de junio de 1974; no ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: CONOCIMIENTO DEL ARRENDADOR NO EQUIVALE A CONSENTIMIENTO: *Si bien la jurisprudencia admite la posibilidad de un consentimiento tácito o implícito, éste tiene que deducirse de un acto que ponga de relieve el deseo o la voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones, o que pueda derivarse de hechos concluyentes o inequívocos, notas que no reúnen los simples actos de conocimiento.*

EXÉGESIS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA: *La exégesis de las cláusulas contractuales es función de los Tribunales de instancia y únicamente se puede enervar dicha exégesis demostrando que infringe notoriamente alguna de las normas legales que rigen la hermenéutica contractual, debiendo aceptarse aquella interpretación siempre que sea racional, aunque quepa alguna duda sobre su absoluta exactitud, pues sólo se puede rechazar cuando se evidencia que es irracional o inverosímil.*

CUESTIONES NUEVAS: INJUSTICIA NOTORIA: *No pueden debatirse en el recurso de injusticia notoria cuestiones que no fueron planteadas en la instancia.* (Sentencia de 5 de mayo de 1975.)

22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR SUPUESTO TRASPASO ILEGAL: JUBILACIÓN COMO PRUEBA DE TRASPASO: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Orden de 30 de mayo de 1962, el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena y con todo trabajo lucrativo por cuenta propia, razón por la cual el T. S., contemplando el hecho básico de que el titular de un arrendamiento de local de negocio solicita y obtiene al amparo de dicha disposición, la pensión de jubilación, dijo en Sen-*

tencia de 17 de abril de 1969, que la jubilación del titular del arriendo no le permitía seguir actuando al frente del negocio y cobrar la pensión de jubilación, pues no es posible estimar dos situaciones distintas, una a efecto laboral y otra a efectos civiles, y si, a los efectos sociales, por su situación de jubilado, no puede actuar por sí ni trabajar por cuenta ajena, la situación por él creada tiene que producir los efectos civiles inherentes a la cesión del negocio, ya que lo contrario produciría el absurdo de que los Tribunales puedan proteger situaciones que se apartan de lo legal y hasta de fundamentales deberes de sinceridad indispensables en la convivencia social. (Sentencia de 12 de marzo de 1975; ha lugar; las sentencias de primera y segunda instancia habían sido desestimatorias.)

NOTA.—La lectura de las sentencias resolutorias de recursos de injusticia notoria no deja de deparar sorpresas; en la sentencia objeto de esta nota se da lugar al recurso contra una sentencia desestimatoria de resolución de arriendo (por haber entendido la Audiencia no probada la cesión traspaso), basándose la sentencia del T. S. en que, al haberse probado la condición de jubilado del arrendatario y ser incompatible tal situación, con el ejercicio de la actividad propia del local de negocio, era errónea la afirmación de inexistencia del traspaso. La tesis del T. S. es sorprendente, pues el hecho de la jubilación no supone, por ser la inexistencia de la actividad que es un hecho independiente completamente del primero; si realmente el disfrute de los beneficios de la jubilación —que dicho sea de paso no suelen ser excesivamente pingües en nuestra Seguridad Social, lo que explica la frecuente vulneración por los jubilados, de las prohibiciones de trabajar, si desean subsistir— es incompatible con el ejercicio de actividades económicas, claro es que las consecuencias de tal incompatibilidad deben ser las que determine la legislación laboral (incluso el nacimiento de una posible responsabilidad penal por falsedad), pero de ningún modo puede desvirtuar una situación fáctica que es lo único que hay que atender para la resolución del arriendo. Cuando la Orden de 30 de mayo de 1962 en su artículo 20 dispone que el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena, claro es que lo único que quiere decir es que, si el trabajo existe, falta un presupuesto para el disfrute de la pensión de jubilación, pero no que haya que reputar un trabajo que realmente exista como inexistente. Ciertamente que los poderes del legislador y aún de los Ministros que dictan las correspondientes Ordenes es grande, pero no tanto como para convertir lo real en irreal, como parece entender la sentencia anotada.

J. P. R.

23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO: AUTORIZACIÓN CONTRACTUAL: *Si el Tribunal "a quo", en apreciación de hechos no desvirtuada, estima que el contrato de arriendo previó y respetó una situación arrendaticia aceptada por el arrendador, constituida por la vinculación del arrendatario con un tercero en el arriendo, con la cualidad de sociedad provisional o irregular para la explotación del negocio, siempre que el demandado fuese el responsable como arrendatario ante la propiedad, en tanto no efectuase un traspaso ilegal con arreglo a la LAU, sin que se hayan desbordado los límites de la autorización, no procede la resolución del arriendo.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN INJUSTICIA NOTORIA: *En materia de interpretación de contratos el T. S. ha declarado, con reiteración, que es facultad privativa de los Tribunales de Instancia interpretar y fijar el sentido y alcance*

de las cláusulas de los contratos, sin que pueda ser sustituido su criterio por ningún otro, a menos que sea evidentemente erróneo, no procediendo la casación si la interpretación es racional. (Sentencia de 24 de marzo de 1975, no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE DESTINO: TRANSFORMACIÓN NO AFECTANTE A LA TOTALIDAD DEL LOCAL: *Como dice la Sentencia de 10 de junio de 1973, no exige la Ley que la transformación afecte a la totalidad del local; si el destino pactado para el local fue el de peluquería de señoras al que "habrían de dedicarse todas las habitaciones, careciendo, por tanto, el piso de vivienda", se ha producido una transformación del contrato al decarlo esencialmente para vivienda.* (Sentencia de 13 de junio de 1975; ha lugar.)

25. AUTORIZACIÓN DE OBRAS A REALIZAR POR EL ARRENDATARIO: INTERPRETACIÓN: *Si en el contrato hay una cláusula por la que se autoriza al arrendatario "a realizar las obras que crea necesarias para la adaptación del negocio de bar, restaurante, cafetería y similares a esta industria, facultándole a mejorar y reformar la parte de vivienda que haya en el inmueble e incluso a destruirla realizando una nueva construcción, obras que pueden realizarse durante toda la vida del arriendo y sus prórrogas legales para adaptar el local a las exigencias del negocio", no es racional la interpretación del arrendador recurrente, según el cual la autorización no comprende la realización de nuevas edificaciones, pues si el inmueble arrendado era una típica venta con diversas construcciones de madera destinadas a "cenadores" y "reservados", incluso con una noria, y a su alrededor una extensa zona de cochineras y gallineros, lógicamente no cabe imaginar que tales construcciones pudieran ser adaptadas hasta el extremo de satisfacer las necesidades técnicas modernas de un negocio de la clase expresada.* (Sentencia de 4 de marzo de 1975; no ha lugar.)

NOTA.—Se basaba la demanda resolutoria en la construcción por el arrendatario de dos salones comedores en el jardín del inmueble arrendado.

26. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR OBRAS: CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN POR TIEMPO LIMITADO: *Pactado en el contrato que el inquilino queda autorizado para efectuar cuantas obras necesite, dentro del inmueble, en el único plazo de doce meses, sólo procede decretar la resolución por obras inconscientas cuando se afirme —lo que no hace la sentencia recurrida, por no haberlo probado la parte—, que fueron realizadas después del año que se le concedió para las obras de adaptación.*

INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN: *No puede considerarse que afecten a las partes vitales del inmueble las de carácter accesorio, como un murete de piedra seca y un cobertizo adosado apoyado en sus propios pilares, sin penetración de sus travesaños, que soportan las chapas de uralita en el muro de la primitiva construcción y por ello la realización de la obra no rebasa el marco de la autorización para realizar obras no afectantes a las partes vitales del inmueble.* (Sentencia de 22 de abril de 1975; ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CAMBIO DE CUBIERTA POR DETERIORO DE LA MISMA: *Al no constar acreditado que, durante la vigencia del contrato de arriendo, con un plazo de vigencia muy superior a quince años, se hayan verificado otras obras que las de sustitución, por deterioro, del material de cartón cuero que cubría el patio, por material de fibrocemento y plástico, hecho que por sí solo no modifica la configuración del patio, no procede la resolución basada en obras de cambio de configuración.*

CONFESIÓN EN JUICIO: VALORACIÓN: *La confesión ha de valorarse en su conjunto y además en relación con las circunstancias del confesante, debiendo notarse que en el caso enjuiciado, aparte no haber un reconocimiento expreso y terminante del hecho o conclusión que pretende establecer el recurrente, no hay que olvidar la edad del confesante, quien al evacuar una de las posiciones manifestó que no entendía de planos y quería hacer constar que tenía ya ochenta y siete años, lo que es de tener en cuenta al interpretar el valor de sus manifestaciones, en relación con la percepción del alcance de las preguntas formuladas. (Sentencia de 3 de mayo de 1975; no ha lugar.)*

28. RESOLUCIÓN DE OBRAS POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ELEVACIÓN DEL NIVEL DEL PISO Y CIERRE DE LUCEROS: *Aparte la elevación del nivel del piso —en cuatro centímetros— y sustitución del antiguo por baldosas, el hecho de privar de luz natural al sótano por cierre de 90 luceros, suprimiendo en su totalidad los accesos a la misma, es obra que afecta indudablemente a la estructura y configuración del local.*

ALCANCE EN EL TIEMPO DE CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN DE OBRAS: *Dados los términos de la autorización para ejecutar obras necesarias para la adaptación del local para la explotación del negocio, contenida en el arriendo otorgado el año 1945, no puede tal cláusula considerarse de vigencia indefinida atendido al plazo transcurrido desde tal fecha hasta la de abril de 1968.*

ERROR DEDUCIBLE DE LA APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: VÍA DE IMPUGNACIÓN: *El error que se acusa, que se pretende deducir de la apreciación conjunta de la prueba, ha de encauzarse por vía distinta de la 4.º —error de hecho— que se ha utilizado. (Sentencia de 3 de junio de 1975; no ha lugar.)*

29. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR SER PRECISAS OBRAS EXCEPCIONALMENTE GRAVOSAS DE REPARACIÓN: *Si las obras necesarias para la reparación y acondicionamiento del local a que el juicio se contrae, son las mismas que exige la reparación de todo el edificio, de tal modo que si no se realizan repercutirían en el local objeto del litigio y si el importe de tales obras sería superior al 50 por 100 del valor del inmueble, procede la resolución del arriendo.*

COSA JUZGADA: DIFERENCIA EN LA CAUSA DE PEDIR: *No puede invocarse la excepción de cosa juzgada, en un pleito basado en la causa indicada en el párrafo anterior, con base en una sentencia dictada en anterior juicio, en que*

el arrendatario pidió se condenase al arrendador a la realización de las obras de reparación si en dicho primer juicio no se ejercitó la acción resolutoria ni directamente ni por vía de reconvencción. (Sentencia de 28 de febrero de 1975; ha lugar.)

30. IMPUGNACIÓN DE ACUERDO DE JUNTA DE ESTIMACIÓN DICTADO EN MATERIA DE REVISIÓN DE RENTA: El art. 152 de la LAU se limita a decir que las decisiones de las Juntas de Estimación "podrán ser impugnadas en el juicio declarativo correspondiente", y por ello la apreciación de la procedencia o improcedencia de la precedente valoración, es misión propia de las autoridades judiciales, careciendo, apriorísticamente, las partes, de facultad para impugnarla ante el T. S. con base exclusiva en su privativo criterio e interés; si no fundamenta dicha impugnación en infracciones legales o errores facticos o jurídicos respecto de la prueba practicada, en que haya podido incurrir el juzgador.

CONGRUENCIA: No es incongruente la sentencia que accede, en parte, a lo pedido, sin que a ello pueda ser obstáculo ni los argumentos empleados en la demanda por el actor, ni mucho menos, los términos gramaticales e incluso jurídicos, que hubiera podido emplear. (Sentencia 30 mayo 1975; no ha lugar.)

31 REQUISITO DE CONSIGNACIÓN O PAGO DE RENTAS PARA RECURRIR EN EL PROCESO ARRENDATICIO URBANO: ALCANCE SUBJETIVO DE LA OBLIGACIÓN: Aunque el art. 148 de la LAU se refiere al inquilino o subarrendatario, la obligación de pago o consignación se transmite al cesionario, o a cualquier tercero que intervenga en el proceso y ejercite alguna defensa tendente a mantener la vigencia del contrato o la simple permanencia en la ocupación, cualquiera que fueren las razones o excepciones que se opusieren a la demanda, así como el motivo del recurso; la tesis contraria facilitaría la comisión de un fraude procesal para evadir o dilatar el pago de las rentas con permanencia en la ocupación del local en perjuicio del arrendador en cuyo favor se exige por la Ley el requisito, garantizando el pago de la renta mientras se sustancia el proceso. (Sentencia 7 marzo 1975; no ha lugar.)

32. OBLIGACIÓN DE PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: APORTACIÓN DE RECIBOS JUSTIFICATIVOS DEL IMPORTE: Para recurrir en el caso señalado en el art. 148 LAU, es preciso acreditar que se han pagado o consignado las rentas vencidas, siempre que esto último se efectúe por la cantidad total adeudada con arreglo a la que vienen pagando a la iniciación del litigio, y como la consignación, por sí sola, no justifica que la suma entregada ante el órgano jurisdiccional sea la única que adeuda al arrendador se hace preciso que se presente, además, el recibo correspondiente al último plazo del arriendo que hubieran satisfecho, el cual habrá de aportarse también en el momento de interposición del recurso porque de otra forma la obligación quedará incumplida sin que la posterior aportación del recibo subsane el defecto conforme a la doctrina de la Sala I del T. S. (Sentencia 26 noviembre 1973; no ha lugar.)

5. SUCESIONES

1. INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: CLÁUSULA DE RESIDUO: *La violación denunciada del artículo 774, en relación con el 675, ambos del Código civil, no puede prosperar puesto que parte de la premisa equivocada de pretender aplicar a un simple legado de residuo (como tal es calificado por la Sala "a quo") las disposiciones referentes a la sustitución vulgar, cuando además el propio recurrente estima que la cláusula discutida del testamento establece una sustitución fideicomisaria.*

FIDEICOMISO DE RESIDUO "DE EO QUOD SUPERERIT": *No existe aplicación indebida de las Sentencias de 13 febrero de 1943 y de 28 de junio de 1947, puesto que ambas sentencias, al establecer la interpretación correcta de las disposiciones legales referentes a la institución citada, no aplican, como pretende el recurrente, los artículos 774 y 781 del Código civil.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y LEGADO DE RESIDUO: *No hay violación del artículo 781 puesto que tal artículo no es aplicable a la institución del legado de residuo; y no cabe invocar el contenido de la S. de 3 de junio de 1947, porque una sola sentencia no constituye doctrina legal a efectos de casación. (Sentencia de 23 de abril de 1975; no ha lugar.)*

NOTA: Probablemente a causa de la propia parquedad de los motivos del recurso, el Tribunal Supremo resuelve con extraordinaria concisión y pobreza de argumentos, una cuestión interpretativa testamentaria de indudable trascendencia teórica y práctica, cual es la de si un fideicomiso de residuo puede implicar la sustitución vulgar tácita.

En síntesis, el caso resuelto es el siguiente: Don D. M. G. falleció en 1968 bajo testamento abierto notarial otorgado en 1952, por el cual, después de manifestar que no tenía ascendientes ni descendientes y que estaba casado en únicas nupcias con doña G. F. A., estableció cierto legado a favor de una hermana e instituyó heredera en el remanente de sus bienes a su citada esposa, para terminar con la siguiente y fundamental cláusula que se transcribe: "Si quedaran bienes de esta herencia que su citada esposa no hubiese dispuesto de ellos, pasarán éstos a su sobrina política F. O. G., y en su defecto de ésta y en su lugar a sus hijos y descendientes". Fallecida la esposa dos años antes que el testador, doña F. O. G. otorgó escritura pública, que se inscribió en el Registro de la Propiedad, adjudicándose los bienes hereditarios. Ante esta situación, los hermanos del difunto demandan a la adjudicataria, reclamando la devolución de los bienes y la consiguiente nulidad de la escritura y su inscripción, por ser los más próximos herederos intestados y por estimar que habiendo premuerto la esposa resultó totalmente ineficaz el llamamiento a doña F. O. G. por virtud del legado de residuo *de eo quod supererit*, contenido en la cláusula transcrita. Con ligeras variaciones la demanda prevalece en ambas instancias y también en el Tribunal Supremo, cuya sentencia deja entrever que, calificada en la sentencia recurrida la institución discutida como legado de residuo *de eo quod supererit*, a esta calificación e interpretación, no discutida por la vía adecuada, hay que atenerse en la casación (En rigor, la cláusula debatida, ni contenía un legado, pues es obvio que el llamamiento se configura a título universal, ni tampoco del tipo *de eo quod supererit*, en cuanto que, no estando limitada en modo alguno las facultades dispositivas de la sustituida, no se sabe si llegarían a pasar o no bienes hereditarios a la sustituta y el fideicomiso debería calificarse como *si quod supererit*).

Aunque esta circunstancia explique el resultado a que llega la S. T. S., hay que reconocer que la misma sigue la línea jurisprudencial reiterada, tendente

a separar netamente el concepto y los efectos propios de los fideicomisos de residuo, de las verdaderas sustituciones fideicomisarias. Y esta tendencia, por múltiples razones, es harto discutible.

Así, concretándonos al caso litigioso, no hay que olvidar que la Compilación de Cataluña establece, no ya sólo para la sustitución fideicomisaria (artículo 155), sino también para la sustitución fideicomisaria de residuo (art. 210), que la misma implica la sustitución vulgar tácita. Las reglas de la Compilación catalana, por su perfecta elaboración técnica en esta materia, son merecedoras de aplicación general a toda España. Y aunque en los territorios de Derecho común, al no existir un precepto expreso, el problema debe reconducirse a una cuestión general de interpretación testamentaria, con arreglo a los criterios que señala el artículo 675 del C. c., parece que habría que concluir que en la inmensa mayoría de los casos la voluntad del testador, salvo que alguna expresión o cláusula especial induzca a lo contrario, será que el fideicomisario de residuo sea también sustituto vulgar tácito. En efecto, si el testador se ha preocupado en señalar la trayectoria de sus bienes para después del fallecimiento del sustituido, lo lógico es que esta trayectoria se respete, independientemente de la fecha de la muerte del fiduciario. La premoriencia de éste al *de cuius* no parece un dato significativo para deducir, sin más, un cambio en la voluntad del testador. Los argumentos contrarios, basados en estimar que el fideicomisario de residuo está sujeto a un llamamiento doblemente condicionado, adolecen de un abstracto dogmatismo. (Vid. sobre esta materia, con especial referencia a la jurisprudencia, *Puig Brutau*, Fundamentos de Derecho civil, Tomo V, Vol. II, págs. 481 y ss.).

2. DIVISIÓN DE FINCA Y PARTICIÓN DE HERENCIA: ARTÍCULO 1.061 C. c.: CARÁCTER FACULTATIVO: IGUALDAD DE LOTES: *La división como cuestión de hecho, cuando de fincas se trata, es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, pues el artículo 1.061 C. c. tiene un carácter facultativo, más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, etc., no pudiendo por consiguiente determinar de manera preceptiva la forma de división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad.* (Sentencia 8 de febrero 1974; no ha lugar.)

3. COMUNIDAD DE RESERVATARIOS: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Absueltos en la instancia los demandados por falta de legitimación activa del actor reservatario que ha sido totalmente privado por el reservista de su derecho de reserva y que pretende litigar en nombre de la comunidad de reservatarios, todo el problema que a la casación puede presentar este recurso, ha de estar relacionado sólo y exclusivamente con dicho tema.* (Sentencia 17 de marzo de 1975; no ha lugar.)

DERECHO PROCESAL

1. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: PRESUNCIÓN DE ENTREGA: *Cuando hay constancia de la celebración del contrato se presume entregada la cosa en el lugar donde radique el establecimiento mercantil del vendedor y allí mismo deberá ser pagado el precio.*

PORTES DEBIDOS: *El envío a portes debidos implica que las cosas vendidas se han entregado en el domicilio del vendedor.*

LETRAS DE CAMBIO: *El que se hayan librado y aceptado letras de cambio para hacer efectivo el pago del importe de las mercaderías no supone sino una facilidad en el pago que no altera las reglas de la competencia.* (Sentencia de 6 de junio de 1975. Cuestión de competencia.)

2. CUESTION DE COMPETENCIA: ACUMULACIÓN DE ACCIONES PERSONALES: *Es de aplicación la norma de competencia establecida en el párrafo 2.º de la regla 1.ª del artículo 62 Lec., siempre y cuando que la acumulación de acciones no sea arbitraria, y el demandado elegido por el actor a efectos de atribuir la competencia con preferencia a otros demandados tenga un interés contrapuesto al del demandante, y ello, aunque la obligación no sea mancomunada o solidaria.* (Sentencia de 17 de marzo de 1975. Cuestión de competencia.)

3. CUESTION DE COMPETENCIA: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *Tratándose de acciones acumuladas de igual naturaleza y sin que ninguna de ellas merezca la calificación de principal o básica respecto a las demás, es competente el Juzgado del lugar en que se deba cumplir el mayor número de las obligaciones reclamadas.*

PAGO DE OBRAS: *Es Juez competente para conocer el pago de unas obras el del lugar en que se realizaron.* (Sentencia de 28 de mayo de 1975. Cuestión de Competencia.)

4. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: NATURALEZA PERSONAL DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA: *La acción que se ejercita preferentemente en la demanda se halla encaminada a lograr la nulidad del contrato de compraventa formalizado en escritura pública, acción que ha de calificarse de naturaleza personal, y que por ser el fundamento de la demanda es determinante de la competencia.* (Sentencia de 2 de junio de 1975. Cuestión de Competencia.)

El *petitum* de la demanda solicitaba: 1.º Declaración de nulidad del contrato de compraventa. 2.º Declaración de pertenecer al actor el pleno dominio de las fincas objeto del contrato y que se cancelen las inscripciones registrales realizadas a favor del demandado. 3.º Restitución al actor de la posesión dominical de las mencionadas fincas y devolución al mismo de los frutos y rentas de las tan nombradas fincas.

5. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Tratándose de acción personal es fuero preferente de dicha acción el lugar de cumplimiento de la obligación.*

DECLARACIONES EN SENTIDO CONTRARIO A LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN: *La declaración de voluntad que implica la sumisión expresa como negocio jurídico extraprocesal, requiere la exteriorización del elemento intencional de las partes de someterse a determinado Juzgado, elemento conforme al cual ha de resolverse el conflicto que puede surgir por la discrepancia entre la voluntad declarada y la real.* (Sentencia de 5 de marzo de 1975.)

En el contrato de compraventa mercantil había una cláusula de sumisión a Juzgado del domicilio del comprador; el contrato se realizó en el domicilio del vendedor y el comprador solicitó del vendedor que le enviase la mercancía a portes debidos. El T. S. interpreta que en realidad las partes no tuvieron intención de someterse al Juzgado del domicilio del comprador.

6. CASACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECURRIR: CARENCIA DE INTERÉS PROPIO: *Un recurso, en términos procesales, es un medio que la ley concede para impugnar una resolución judicial a la parte que se estime perjudicada por aquélla, y como el interés es el móvil de la acción, carece de legitimación activa para interponer un recurso aquel a quien dicha resolución no le haya producido perjuicio alguno.* (Sentencia de 18 de abril de 1975. No ha lugar.)

La demanda origen de este recurso se presentó contra varios demandados, uno de los cuales se allanó oponiéndose a la misma los otros demandados. La sentencia recurrida absuelve nominalmente de todo pedimento al recurrente.

7. CASACIÓN: CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA OBJETIVA: *Las normas reguladoras de la competencia objetiva, en su doble aspecto cualitativo y cuantitativo, son de naturaleza absoluta, esto es, pertenecen al "ius cogens", y por ello quedan sustraídas al poder dispositivo de las partes, como lo evidencian los artículos 54 y 56 Lec.; así pues, es indudable que la falta de competencia por razón de la materia ha de originar las consecuencias establecidas en el artículo 74 de igual Ley.* (Sentencia de 5 de mayo de 1975. Se declara nulo todo lo actuado.)

Se trata de un deshaucio por precario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia y en grado de Apelación ante la Audiencia Territorial, habiéndose presentado la demanda con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 23 de julio de 1966, la cual reformó el artículo 1.562 Lec., consignando en el mismo los supuestos de deshaucio en los que es competente el Juez de Primera Instancia, entre los cuales no se encuentra el precario, que viene atribuido a la competencia de los Juzgados Municipales y Comarcales.

8. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Al no expresarse cuál sea el concepto de la infracción que se estima cometida, respecto al artículo 359 Lec., se incumple lo prevenido en el artículo 1.720 y se incide en la causa de inadmisión establecida en el número 4 del artículo 1.729, ambos de la Lec.*

INCONGRUENCIA: *Al fundarse el motivo en el hecho de que en la parte dispositiva de la sentencia recurrida no se contiene pronunciamiento de ninguna clase acerca de alguno de los pedimentos de la súplica del escrito de demanda, debió apoyarse en el número 3.º y no en el 2.º del artículo 1.692 Lec.*

ERROR DE HECHO: DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *La diligencia de reconocimiento judicial carece de la condición de documento, según se desprende de la simple comparación de los enunciados de las secciones 1.ª y 3.ª del título I, libro IV, C. c. y de las que preceden a los artículos 596, 602 y 633 de la Ley de Ritos y su apreciación está encomendada al libre arbitrio de los Tribunales de Instancia.*

CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *Si bien las certificaciones del Registro de la Propiedad tienen el carácter de documento público, únicamente hacen fe con autenticidad jurídico procesal con referencia al hecho de la inscripción, pero no en cuanto al contenido de las manifestaciones que en ellas se hayan vertido.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No son documentos auténticos los que hayan sido objeto de análisis e interpretación por parte de los Tribunales de Instancia. (Sentencia de 24 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

9. CASACIÓN; INCONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia que prescinde totalmente de las pretensiones del actor y construye una tesis propia al margen de los términos de la discusión. (Sentencia de 31 de marzo de 1975; ha lugar.)*

El actor solicitaba indemnización de daños y perjuicios y la Sala de Instancia condenó a rendición de cuentas.

10. CASACIÓN; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No puede en modo alguno atribuirse la cualidad de "auténtico" al documento que precisamente es objeto en el juicio de controversia y discusión sobre su alcance y sentido.*

Los testimonios judiciales aportados a un proceso como prueba documental, derivados de diligencias preparatorias o preliminares, no tienen la condición de auténticos a efectos de casación. (Sentencia de 10 de mayo de 1975; no ha lugar.)

11. CASACIÓN; EJECUCIÓN DE SENTENCIA; CUESTIÓN NUEVA; CONSTRUCCIÓN DURANTE EL PLEITO: *La ejecución de sentencia tiene por objeto la acomodación de la realidad al mandato judicial y por tanto las diligencias de ejecución procesal han de atenerse a los términos en que el mandato se ha producido, pudiendo sólo suscitarse cuestión sobre su inteligencia y efectos sin que quepa hacer declaraciones ni variaciones que contradigan su parte dispositiva o resuelvan cuestiones sustanciales no controvertidas en el juicio. (Sentencia de 10 de junio de 1975; ha lugar.)*

La sentencia, en cuya ejecución se planteó el incidente de previo y especial pronunciamiento, dictaminó que un solar inscrito a nombre de M. S. C. pertenecía pro indiviso a tres hermanos; durante la tramitación del pleito, M. S. C. construyó en dicho solar un edificio. La propiedad de ese edificio se discute en el incidente que el T. S. repele, dejando sin efecto todo lo actuado, sin perjuicio del derecho de la parte que lo ha promovido a deducir la misma pretensión en la forma correspondiente.

12. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA; PETICIÓN DE SUBSANACIÓN: *La subsanación de los posibles defectos cometidos en la citación de remate ha debido ser pedida en el primer trámite procesal en que pueda hacerse inmediatamente después de cometida la infracción o de que tengan conocimiento de ella los interesados, no cabiendo decir que se pidió la subsanación si no se utilizaron en tiempo los recursos legales contra las resoluciones origen de la falta.*

FALTA DE EMPLAZAMIENTO: *La causa señalada en el número 1.º del artículo 1.693 Lec., sólo se refiere a quienes, por ignorar la existencia del juicio, carecen de los medios adecuados para la defensa de sus derechos, y queda subsanada con la intervención en los autos del litigante que la invoca. (Sentencia de 6 de marzo de 1975; no ha lugar.)*

13. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD EN EL PROCURADOR: PODER OTORGADO POR REPRESENTANTE DE UNA S. A.: *Los artículos 165 y 166 del R. Notarial de 2-VI-1944, modificado por Decreto de 22-VII-1967, ordenan que la escritura pública de apoderamiento otorgada en nombre de una sociedad, debe expresar no sólo las circunstancias relativas a la personalidad de quien interviniese en nombre de ella, sino también insertar, en cuanto sea posible, lo pertinente a los documentos fehacientes que acrediten esa representación o, en otro caso, incorporar sus originales o su testimonio al extremo de que su omisión priva al apoderamiento de uno de sus requisitos esenciales. (Sentencia de 26 de mayo de 1975; ha lugar.)*

14. REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: DEMANDAR POR EDICTOS CONOCIENDO EL DOMICILIO: *Aparece que tanto la recurrente como la recurrida traen causa o son descendientes de doña T. M. P., a quien, según el Registro de la Propiedad, correspondía la nuda propiedad de las fincas a que el litigio se contrae, relación de parentesco que le era conocida a la demandante en dicho proceso, hoy recurrida, como asimismo la constaba la residencia y domicilio de la entonces demanda y hoy recurrente; no obstante, lo cual, lejos de citarla o demandarla personalmente, lo verificó por edictos, sin siquiera nombrarla individualmente, sino bajo la fórmula vaga de ignorados herederos, sucesores o derecho habientes o en caso contra la herencia yacente, para el supuesto de haber fallecido todos en ignorado paradero. (Sentencia de 14 de mayo de 1975; ha lugar.)*

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas
Extranjero, 1.650,— pesetas
Número suelto: España, 550,— pesetas
Extranjero, 650,— pesetas