

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVIII
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE.
MCMLXXV

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
Estudios monográficos	
LUIS DíEZ PICAZO: <i>Capacidad de la mujer casada y economía conyugal ...</i>	859
MANUEL ALONSO OLEA: <i>Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes</i>	875
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS: <i>El artículo 1.701 del Código civil</i>	897
Estudios de Derecho extranjero	
LUIS MOISSET DE ESPANES: <i>Ausencia y desaparición (Estudio de Derecho argentino y comparado)</i>	979
RAMÓN M. MULLERAT BALMAÑA: <i>Los productos farmacéuticos y su patentabilidad en el sistema de la propiedad industrial francesa</i>	995

Vida jurídica

Notas críticas: *El curso de Derecho administrativo del profesor García de Enterría*, por D. Luis Díez Picazo 1007

Bibliografía

Revista de revistas por José Ramón Antón Riesco 1014

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

por José María Chico Ortiz 1030

Jurisprudencia

Sentencias 1081

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M.º 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 XXVIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXV

**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**

Capacidad de la mujer casada y economía conyugal

(Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)

Luis DIEZ - PICAZO

1. LIBERTAD PERSONAL Y PODER ECONOMICO

Pertenece al acervo de los tópicos de más frecuente uso entre nosotros que el desarrollo y el ejercicio de la personalidad y de la libertad individual necesitan como soporte una cierta dosis o un cierto ámbito de poder económico. La propiedad como institución suele encontrar en ello su fundamento ético-filosófico. En la teoría general del Derecho civil, el patrimonio se considera como una derivación necesaria del concepto de persona y se suele decir que la idea de persona exige necesariamente el patrimonio y que lo exige en un doble sentido. No es sólo una exigencia lógica —el patrimonio para existir necesita un titular—, sino un presupuesto de la dignidad personal —la persona para subsistir y ser libre necesita un patrimonio—. Sólo a partir de un mínimo patrimonial la persona es de verdad persona y puede desarrollarse como tal persona.

Todo esto viene a cuento de que ahora que se habla tanto de restituirle a la mujer casada en el plano del derecho su plena capacidad de obrar, parece necesario sacar la conclusión de que esta capacidad de obrar no se le restituirá verdaderamente con la simple desaparición de las barreras o de las limitaciones que en el derecho anterior podían existir, tales como las licencias, las autorizaciones o las habilitaciones. La capacidad abstracta de obrar en el orden jurídico exige una real capacidad patrimonial en el orden económico. Lo cual quiere decir también, me parece, que la capacidad de obrar femenina es algo que, en el matrimonio, se encuentra en muy estrecha conexión con el régimen de bienes.

Autores muy destacados habían señalado ya cómo los preceptos en donde las máximas limitaciones de la capacidad de obrar aparecían, como eran los antiguos artículos 59-65 del Código civil, estaban en función de un régimen económico determinado, el de derecho común que es la sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales es una sociedad de dos socios al cincuenta por ciento, de manera que o se exige la unanimidad o la sociedad no funciona o se concede un voto preferente a uno de los socios. Se quiere sacar de ello la conclusión de que en un régimen de separación absoluta de bienes, la mujer no tendría que ver limitada su capacidad.

Hay que decir que esta afirmación es sólo parcialmente exacta. Puede ser verdad que los antiguos artículos 59-65 —que se introdujeron en el Código civil provenientes de la vieja Ley de Matrimonio Civil de 1870, que presuponía como único régimen el de sociedad de gananciales— sólo se aplicaban dentro de este régimen, aunque el texto del Código civil nada dijera a tal respecto y aunque los artículos en cuestión aparecieran dentro de una rúbrica que trataba en general de los “derechos y obligaciones entre marido y mujer”. En todo caso, es claro que las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada que existían en el Código civil, habían ido más allá del régimen de gananciales. Desde este punto de vista, es llamativo y sintomático el antiguo artículo 1.387, que no permitía a la mujer sin licencia de su marido enajenar, gravar e hipotecar sus bienes parafernales o privativos. Es cierto que se podía pensar que bienes parafernales son los bienes privativos de la mujer precisamente en el régimen de gananciales. Pero no regulado el patrimonio privativo de la mujer en el régimen de separación de bienes, la disciplina de los parafernales se consideraba también aplicable a él. Y más sintomático todavía era el antiguo artículo 1.444, donde, tratándose ya de un caso de separación en que se han distribuido los bienes entre los cónyuges, se exigía a la mujer licencia judicial para enajenar y gravar bienes inmuebles.

Desde este planteamiento se puede sacar, a mi juicio, alguna idea. Existe, efectivamente, una correlación entre las limitaciones que soporta la mujer y el régimen económico en el que ésta se encuentra en comunidad con su marido. La limitación de la capacidad de la mujer sólo encontraba su fundamento real como una medida que protege al marido y significa que ni éste, ni los bienes comunes, se hacen responsables de la gestión de aquélla, a menos que el marido haya aceptado tales responsabilidades asumiéndolas. Más soterrada existía también otra línea, en la cual la limitación de la mujer casada se encuentra en función de su misma situación como mujer casada (v. gr. 1.387, 1.444, etc.):

La Reforma del Código civil que hace escasas fechas se ha aprobado ha podido barrer las limitaciones de este segundo tipo, el más llamativo sin duda, pero ha dejado todavía intacto el primer punto del problema: la conexión entre la plena capacidad de obrar y el régimen económico.

Esta cuestión parece, además, plantearse en forma de agudo dilema. Para restituir su capacidad a la mujer casada, parece, cuando menos a primera vista, hacerse preciso un régimen de separación de bie-

nes. Lo cual significa que una mujer que carezca de fortuna inicial y que no desarrolle un trabajo personal que sea directa fuente de ingresos, queda prácticamente, a cambio de su capacidad, condenada a la condición de menesterosa. Es claro que el régimen de separación puede ser conveniente para mujeres que son ricas desde la cuna o para mujeres que ganan dinero con su trabajo. La mujer dedicada a sus labores, que colabora con su marido en la ordenación de la economía familiar, en el ahorro y en la inversión, y que participa en la producción de la ganancia que se obtiene, aun cuando la fuente directa del ingreso de ésta sea el marido, sólo ve reconocido su derecho en un sistema de comunidad. Por lo cual: o bien se le limita su capacidad en función del régimen de bienes; o bien se impone una decisión conjunta, que en la práctica es sólo fuente de conflictos y de dificultades. El dilema parece ser así: o plena capacidad con separación de bienes, lo que en muchos casos querrá decir sin bienes —y sin bienes la capacidad no sirve para nada— o participación en las ganancias, pero en este caso con limitaciones en la capacidad.

¿Cómo se puede romper?

2. EL REGIMEN ESPAÑOL DE GANANCIALES

A) *El tránsito de la sociedad a la comunidad*

La vigencia y la estructura actual de nuestro sistema de sociedad de gananciales vienen marcadas por una serie de características que creo que es conveniente destacar.

La sociedad de gananciales tiene en nuestro derecho una tradición muy antigua, que se remonta, por lo menos, al Fuero Juzgo y al Fuero Real. Algunos autores le han encontrado incluso un origen germánico. Dicen que era costumbre de aquellas tierras septentrionales que las mujeres acompañaran a sus maridos tanto en la paz como en la guerra, por lo que era justo que compartieran, junto con los peligros, las utilidades del botín. Tácito, al narrar las costumbres de los germanos, cuenta que, llegado el momento de tomar estado, se les advertía a las mujeres que se convertían en socias de trabajos y peligros (*"laborum periculorumque sociam"*).

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la idea de una participación conjunta de ambos cónyuges en los lucros nupciales aparece en el Fuero Juzgo (4, 2, 17) y en el Fuero Real (3, 3, 1). En el Fuero Juzgo se dice que si "viviendo de so uno ganan alguna cosa o acrecen... haya cada uno tal partida como quedo escrito". Y en el Fuero Real se dice que "toda cosa que el marido y mujer ganaren o compraren, estando de so uno háyanlo ambos por medio".

Originariamente parece haber sido una sociedad, en la cual los bienes no se hacen necesariamente comunes, sino que, como toda sociedad, es objeto de una liquidación al final de su existencia. Esta

idea de "sociedad", está todavía latente en nuestro Código civil. Es significativo el rótulo que la institución recibe: "*sociedad de gananciales*". En el artículo 1.392 se dice lo siguiente: que mediante la *sociedad de gananciales*, el marido y la mujer hacen suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio. De lo cual parece deducirse que la comunicación se produce sólo al disolverse el matrimonio. Y que durante éste, las ganancias o beneficios han sido obtenidos por los cónyuges individualmente.

También es sintomático que el artículo 1.395 no remita a ninguna de las normas sobre la comunidad de bienes, sino a "las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo".

Entre las reglas del contrato de sociedad se pueden encontrar las de la llamada "sociedad universal de ganancias", que comprende lo que los socios adquieren por su industria o trabajo mientras dura la sociedad. Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee continúan siendo de su dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo. Teóricamente es, por decirlo así, como si dos comerciantes, continuando cada uno su comercio con independencia del otro y funcionando con separación, acordaran que, al final de cada ejercicio, formarían un fondo con las ganancias para repartirlas por igual.

La inicial idea de "sociedad matrimonial de ganancias" ha recibido desde muy antiguo la sobrecarga de una idea de comunidad. La línea comunitaria, superpuesta en la primitiva sociedad de gananciales, es probablemente muy antigua. La Ley IV, el título 4.º del Libro X de la Novísima Recopilación recoge la Ley 303 del Estilo y otra de Felipe II de 1566 que dicen lo siguiente: el Derecho (el Derecho romano, naturalmente) dice que todas las cosas que marido y mujer tienen, se presumen que son del marido hasta que la mujer muestre que son suyas, pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y mujer que son de ambos por medio.

De esta suerte, el sistema de sociedad de gananciales genera tres patrimonios o masas patrimoniales: los bienes privativos del marido, los privativos de la mujer y los gananciales o comunes.

B) *Los obstáculos del sistema*

El sistema no debió tener grandes dificultades de funcionamiento en una estructura económica poco propensa al cambio. Los bienes inicialmente aportados, probablemente sometidos a mayorazgo o a fideicomiso familiar, formaban siempre parte del patrimonio del cónyuge que los aportaba. Se hacían comunes las ganancias y los bienes en que las ganancias se invirtieran.

La dinámica económica iniciada en el siglo XIX con la comercialización de la tierra, acelerada en nuestro siglo, ha producido un importante influjo en el sistema de gananciales, hasta el punto de que a mi juicio lo ha desnaturalizado por completo.

Para comprenderlo debidamente basta tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Un sistema estricto de gananciales presupone unos cónyuges con fortuna inicial, que realizan en común unas ganancias, pero que conservan como propia esa fortuna inicial. Los bienes iniciales, que se conservan intactos, a la disolución le son restituidos al aportante. Si, por excepción, los mismos bienes no existen, lo que probablemente sería raro, antes de establecer el cálculo de la ganancia, y para que la haya, es preciso restituir al aportante o a sus herederos el valor de aquellos bienes.

Pensemos ahora que, al aplicarse el derecho privado a un número muy superior de personas advenidas a un cierto grado de prosperidad, las cosas cambian sustancialmente. En nuestros días no es infrecuente que las personas que se casan partan de cero, de manera que, no habiendo aportaciones, todos los bienes son gananciales. Lo que originariamente fue una sociedad de ganancias se transforma así en una comunidad universal.

b) Aunque hayan existido aportaciones iniciales —matrimonios con alguna fortuna inicial—, en nuestro tiempo lo normal es que nadie conserve, al cabo de unos años, aquellos mismos bienes, sino que, por unas y otras causas, hayan sido sustituidos por otros. Porque las fincas se han transformado ya en solares. Porque hay que atender a las inversiones que la coyuntura de cada momento exige. Por otros miles de motivos. Los bienes de reemp'azo se ven afectados por la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil. Pues entre nosotros es costumbre guardada "que los bienes que tienen el marido y mujer son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente". Y la prueba de este carácter apartado o privativo es una prueba diabólica. El dinero es un bien absolutamente fungible y es imposible determinar si el dinero empleado para una adquisición provenía de una anterior enajenación o de otra fuente. En aras de la simplicidad, la jurisprudencia aplica la presunción en forma rigurosa. De esta manera, en cuanto los bienes iniciales han desaparecido, los bienes sucesivos se ven todos ellos amparados por el gran manto de la presunción de ganancialidad.

c) Frente a lo anterior cabría argumentar que al cónyuge que realiza la aportación inicial, hay que restituirle el valor de esta aportación, antes de proceder al cálculo de la ganancia y al reparto de ésta. Si este valor de restitución fuera exactamente igual al valor de aportación, no habría demasiados problemas. Pero los hay. En primer lugar, por que, salvo que se trate de bienes inmuebles, es muy difícil probar el hecho mismo de la aportación en un sistema que funciona sin capitulaciones. Y si la aportación no se prueba, nada se restituirá. No es esto, sin embargo, lo más grave. Aunque los bienes sean inmuebles y la aportación se pruebe, ocurrirán estas dos cosas. Primero, que el valor consignado en los títulos, por razones de fraude fiscal,

será siempre menor que el valor real, de suerte que a la hora de la restitución se restituye un valor inferior al de la verdadera aportación. Justo castigo a la perversidad, se podría comentar. Sólo que la perversidad castigada puede no ser la del cónyuge aportante, sino la de otros: sus transmitentes, los contadores-partidores de la herencia de los padres, etc. En segundo lugar, aunque los valores consignados en los títulos fueran —“rara avis”— los valores reales, a poco que el matrimonio haya durado, habrá tenido que atravesar por diferentes fases de devaluación de la moneda y de inflación. Y con la sola restitución de los valores nominales consignados en los títulos, al serle satisfechos en moneda devaluada, sufrirá una merma considerable.

Por todas estas razones, creo que la conclusión a la que hay que llegar es que los españoles de Derecho común vivimos en la actualidad en un régimen jurídico que no es el que nuestras leyes previeron. En realidad, no vivimos en sociedad de gananciales. Primero, porque nuestro régimen económico-conyugal real no es ya de sociedad, sino de comunidad. Y, en segundo lugar, porque esa comunidad no es de ganancias, sino que ha pasado a ser una comunidad total o universal. Y no es que me parezca mal la comunidad universal, sólo que pienso que es buena para quien especialmente la desee, sin que pueda imponerse a la totalidad de los individuos.

Porque el caso es que esta comunidad universal proporciona notables quebraderos de cabeza. Es la causa de que la mujer tenga que ver limitada su libre actuación, pero es también la causa de que una limitación de la libre actuación, sin duda no idéntica, pero existente también, se produzca para el marido.

Es evidente la acentuación del carácter de comunidad y el deseo de dar una mayor intervención o, si se quiere, una intervención igual a la mujer, lleva necesariamente a un gobierno colegial o a una co-gestión de la masa ganancial, dibujada en el artículo 1.413 del Código civil, tal como se redactó en 1958 y perfilada ahora en la Reforma de 1975. Ahora bien, este sistema es dudosamente eficaz, porque mientras el consorcio vive pacíficamente, los mecanismos de adopción de decisiones no son los jurídicos, sino los que resultan naturalmente y con espontaneidad del modo de acoplamiento temperamental, psicológico o incluso biológico de la pareja, de manera que, en tales casos, la norma del gobierno colegial es más una rémora que otra cosa. Y cuando la paz deja de existir, el orden subvertido hace que la norma se busque para otros fines que no son los suyos propios.

Nuestra sociedad de gananciales parece una forma de organización consustancial con el matrimonio. Existe sociedad, mientras existe jurídicamente matrimonio. Según el artículo 1.417 del Código civil la sociedad concluye al disolverse el matrimonio o ser declarado nulo. Es verdad que se admiten otras causas de disolución, pero tienen un aire evidentemente excepcional. La sociedad de gananciales concluye también, dice el artículo 1.417, en los casos previstos en el artículo 1.433 que son la ausencia, la interdicción civil y la separación judicial.

Tal vez una de las líneas de una futura reforma pudiera ser la flexibilización de las causas de disolución de la sociedad. La comunidad de la ganancia tiene sentido ligada con la comunidad de vida. Se ha dicho con razón que el "durante el matrimonio" del artículo 1.395 no es mientras subsiste jurídicamente el vínculo, sino mientras existe vida común o, mejor, trabajo común.

En alguna medida, esta era la opinión de Matienzo, que parece fundada: Disuelto el matrimonio, cesa por supuesto la causa que introdujo la sociedad, no pudiendo ser aplicables sus reglas a una sociedad posterior, que se regiría por reglas especiales. Faltando los motivos a que atendió la ley para establecer la sociedad, debe caducar su disposición, pues la comunidad de bienes en tanto es admisible y justa en cuanto se conforma a la unidad de vida y al cariño mutuo y sirve como recompensa de los cuidados puestos por conservar y aumentar los bienes. Formada la sociedad por la ley, carece de objeto y es arriesgado extenderla, presumiéndola renovada a pretexto de un consentimiento tácito.

C) *Sociedad de gananciales y sistema sucesorio*

No deben olvidarse las estrechas conexiones que el sistema económico-conyugal tiene con el sistema sucesorio. Cuando uno de los cónyuges fallece, la mitad de los gananciales es de los herederos del otro cónyuge. No se distingue si el matrimonio termina con hijos o si termina sin hijos, cosa que, en cambio, tiene en cuenta previsoriamente el Derecho civil de Vizcaya para determinar el tipo de comunidad que se debe considerar existente. Lo cual, dicho sea de paso, significa que la comunidad real no existe hasta la disolución del matrimonio y que entretanto habrá funcionado un régimen puramente provisional. Mas, prescindiendo de ello, pensemos en las diferentes posibilidades o alternativas de salida sucesoria que tiene el régimen de gananciales.

La primera es que quien muera primero sea el marido. Lo cual es rigurosamente lo que los maridos deberían hacer siempre, cumpliendo con una obligación de caballerosidad y cumpliendo además, con la estadística, que demuestra que hay muchas más viudas que viudos. Si el marido muere primero la mujer tendrá su mitad de gananciales y un tercio de la herencia del marido en usufructo, aparte los legados que éste haya podido hacerle. Lo que, supuesto un marido activo y una mujer pura perceptora de renta, mantiene la situación de ésta en condiciones bastante aceptables, porque dispondrá de un capital que le proporcionará un "status" similar a aquel que durante el matrimonio disfrutaba, de manera que su situación no se verá alterada.

La situación es completamente diferente, si, incumpliendo sus obligaciones el marido, muere primero la mujer y deja viudo. Ha sido llamativo el caso de haber tenido que entregar el viudo a los herederos de la mujer (por ejemplo los hermanos de ésta) la mitad de lo que

se había ganado a lo largo del matrimonio. Y cuando la ganancia se había obtenido poniéndose delante de los cuernos de los toros, como parece que le ocurrió a Lagartijo y a Domingo Ortega, la cosa no es para los interesados muy comprensible.

Un grave problema surge también cuando la situación incide sobre un capital que se utilice no como puro instrumento de devengo o percepción de una renta, sino como capital de funcionamiento o de gestión, porque se verá mutilado en un cincuenta por ciento.

Cuando los matrimonios se disuelven con hijos, los problemas pueden ser menores, pero sólo aparentemente. En la hipótesis normal de viuda, los hijos convencen por regla general a la madre de que hay que hacer una liquidación, se le entrega a la viuda su capital ganancial y hereditario y los hijos reciben un cierto anticipo de la herencia final, lo que les facilita su desenvolvimiento en la vida en espera de quedarse definitivamente huérfanos.

No ocurre lo mismo en los casos de viudo. Es mucho más difícil que los hijos convencan al padre de que parta y liquide, y es muy frecuente que no se haga. Se produce así una comunidad post-matrimonial indivisa que, carente de toda regulación en nuestro Código civil, origina problemas insalvables. Y si los hijos, a fuerza de persuasión o por la brava, obtienen la liquidación, el padre se verá mermado en la mitad del capital con el que funcionaba, lo cual tampoco es una solución enteramente convincente.

Y si el viudo, lo que no es infrecuente, contrae segundas nupcias —cosa que, en cambio, las viudas hacen pocas veces— se superponen dos sociedades de gananciales que originan problemas casi imposibles de resolver.

D) *A modo de conclusión provisional*

De esta suerte hay que llegar a la conclusión de que nuestro sistema real de sociedad de gananciales, en su desenvolvimiento, en vida de los cónyuges, para poder desarrollarse con normalidad exige:

1.º Una fortuna inicial que no se vea alterada ni cambiada, pues en otro caso se desemboca en una comunidad universal.

2.º Un matrimonio bien avenido, en el que no se recurra al derecho para la adopción de decisiones.

3.º Una mujer dedicada a sus labores o pura perceptora de renta.

Y en sus reflejos sucesorios, para que conduzca a unos resultados medianamente aceptables, la sociedad de gananciales exige:

1.º Que el matrimonio haya tenido hijos.

2.º Que quien fallezca primero sea el marido.

3.º Que la mujer no se dedique a ningún tipo especial de actividad económica, sino que sea pura perceptora de renta.

4.º Que el cónyuge sobreviviente se vea compensado por el premuerto con una cuota de su propia herencia.

3. LA REFORMA DEL ESTATUTO ECONOMICO-CONYUGAL Y SUS POSIBLES IDEAS INSPIRADORAS

Para fijar de algún modo las líneas que se podrían seguir en una reforma de nuestro Código civil en materia de régimen económico-conyugal, quizá no fuera descaminado hacer algún análisis de las más importantes y llamativas reformas que ha experimentado el Derecho europeo en el último cuarto de siglo. Entre ellas quiero referirme de una manera especial a dos: la reforma que en el Código civil alemán produjo la Ley de 1957, llamada "de equiparación de marido y mujer", que introdujo la *Zugewinnengemeinschaft* como régimen legal; y la reforma introducida en el Código civil francés por la Ley de 1965, que inserta en los artículos 1.400 y siguientes la llamada nueva comunidad legal y establece como posibilidad convencional el régimen de participación.

A) La *Zugewinnengemeinschaft* se define en el párrafo 1.363 del BGB como el régimen legal de bienes. En ella, los bienes iniciales del marido y los bienes iniciales de la mujer no se convierten en patrimonio común conyugal. La misma regla se aplica a los bienes que cada uno de los cónyuges adquiere después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, las ganancias que los cónyuges obtienen en el matrimonio se comunican cuando la *Zugewinnengemeinschaft* termina.

Cada cónyuge, por regla general, administra sus propios bienes con independencia, aunque su poder de administración se encuentre o pueda encontrarse excepcionalmente limitado. Las limitaciones más llamativas son las siguientes: A) Los actos de disposición y los actos de los que pueda resultar una obligación de disposición sobre el patrimonio o sobre la titularidad de los bienes, han de hacerse con el consentimiento o con la aprobación del otro cónyuge, con las consecuencias que luego veremos. B) Si el negocio jurídico que el cónyuge pretende realizar se ajusta a los principios de una administración ordenada, el tribunal puede suplir el consentimiento del otro cónyuge cuando este se opone sin causa suficiente o cuando se encuentra impedido para prestar su consentimiento por enfermedad o por ausencia. C) Cuando los contratos y negocios jurídicos unilaterales que cualquiera de los cónyuges realice hayan sido llevados a cabo sin el consentimiento del otro cónyuge, éste último queda facultado para hacer valer la ineficacia de las disposiciones de las que resulten derechos para terceros. Por su parte, el tercero puede también revocar el negocio hasta el momento en que recaiga la aprobación. Pero si en el momento de celebrar el contrato sabía que la otra parte estaba casada, se limita su poder de revocar a aquellos casos en que se le hubiera manifestado que se hacía con la aprobación conyugal.

Las mismas reglas se aplican también a los actos de disposición sobre objetos pertenecientes a la economía doméstica.

El cálculo de la ganancia sigue unas reglas diferentes en los casos de terminación de la *Zugewinnengemeinschaft* por muerte de uno de los cónyuges o por otras causas.

Si el sistema económico termina por la muerte de uno de los cónyuges, el cálculo de la ganancia se realiza de manera tal que el cónyuge sobreviviente alcance como cuota hereditaria legal una cuarta parte de la herencia del difunto, con independencia de que exista realmente ganancia o no.

Si el cónyuge sobreviviente no es heredero, ni tampoco beneficiario de un legado, puede pedir que el cálculo de la ganancia se realice según las reglas generales aplicables a los casos diferentes al de muerte.

Con carácter general, la ganancia se mide por el importe de la diferencia entre el llamado patrimonio inicial y el patrimonio final. El patrimonio inicial está constituido por las aportaciones hechas al matrimonio y por las adquisiciones realizadas durante él a título gratuito. El patrimonio final es el que, como consecuencia de negocios obligatorios, pertenezca al cónyuge en el momento de la disolución de la sociedad.

Al patrimonio final real hay que añadir los importes con los que éste se haya visto disminuido en virtud de actos de atribución gratuita realizados en favor de terceros o cuando determinados bienes hayan desaparecido mediante actos realizados por un cónyuge con el propósito de perjudicar al otro cónyuge.

Las líneas inspiradoras del sistema parecen de este modo radicar en lo siguiente:

1.º Una partición igual de la ganancia o lucro matrimonial entre los cónyuges.

2.º La independencia durante el consorcio conyugal de los patrimonios de los cónyuges y de los bienes que forman parte de éstos, tanto en lo que se refiere a su titularidad como en lo que se refiere a su administración y gestión.

En alguna manera, los patrimonios funcionan separadamente y sólo entran en comunidad en el momento final para el cálculo de la ganancia.

3.º Se tiene en cuenta la aprobación o autorización conyugal de los contratos y actos dispositivos, pero no tanto en orden a su validez como en orden a su eficacia en relación con el otro cónyuge.

4.º La ganancia, en principio, se calcula por simple diferencia entre el patrimonio final y el patrimonio inicial. El funcionamiento del sistema exige, sin embargo, la colación de determinadas partidas que son de abono o de cargo respecto del patrimonio final.

5.º El sistema se cierra con la enumeración de los casos en que se puede pedir una anticipada liquidación de las ganancias o lucros nupciales. Estos casos, descritos en los párrafos 1.385 y 1.386, son los siguientes:

1.º Cuando los cónyuges han vivido separados al menos tres años, el cónyuge facultado para reclamar la vida separada lo está también para pedir la liquidación anticipada. Si exceptúa, sin embargo, el caso de que el otro cónyuge tenga también derecho a ello.

2.º La liquidación anticipada puede pedirse cuando el otro cónyuge reiteradamente no cumpla las obligaciones económicas que resulten de la relación conyugal y quepa suponer que tampoco las cumplirá en el futuro.

3.º El tercero de los casos de liquidación anticipada es aquel en que uno de los cónyuges realiza negocios jurídicos dispositivos sin la necesaria aprobación, o disminuye sus bienes con el propósito de perjudicar al otro cónyuge y existe un claro peligro para el futuro crédito nacido de la comunidad.

4.º Por último, se admite también la liquidación anticipada cuando el otro cónyuge impide sin una causa justificada a su consorte informarse sobre el estado de su patrimonio.

B) En el Derecho francés, la Ley de 15 de julio de 1965 ha reformado el régimen legal, que no es de comunidad de ganancias, pero sí de comunidad de adquisiciones. Según el artículo 1.401, la "comunidad legal" se compone de las adquisiciones hechas por los esposos conjunta o separadamente durante el matrimonio y procedentes tanto de su industria personal como de las economías, frutos y productos de sus bienes propios.

Como en nuestro artículo 1.407, la presunción se encuentra a favor de la comunidad. Todo bien mueble o inmueble se reputa adquisición de la comunidad a menos que se pruebe que es propio de uno de los esposos o por obra de la disposición de la ley. Es cierto que la destrucción de esta presunción resulta algo más fácil que entre nosotros. La propiedad personal, en principio, ha de ser establecida por escrito, pero en defecto de inventarios, el juez puede tomar declaración a toda clase de testigos y puede probarse también por presunciones.

Los bienes propios se conservan en la titularidad de aquel de los cónyuges al que pertenecen. Tienen la consideración de bienes propios los que pertenecen al cónyuge en el momento de la celebración del matrimonio y los adquiridos después por sucesión, donación o legado, así como los adquiridos a título de accesorios de un bien propio, especialmente los valores nuevos derivados de otros antiguos, que tuvieran la condición de propios.

En la comunidad legal francesa, si bien cada cónyuge tiene la administración y el disfrute de sus bienes propios y la libre disposición de ellos, la administración de la comunidad corresponde al marido, quien además puede disponer de los bienes comunes, siempre que lo haga sin fraude y sin sobrepasar las limitaciones legales. Estas son, en sustancia, que no puede disponer entre vivos a título gratuito sin consentimiento de la mujer, que las disposiciones "mortis causa" no

pueden exceder de su parte en la comunidad y que no puede sin consentimiento de la mujer enajenar o gravar inmuebles, establecimientos mercantiles o explotaciones, derechos sociales no negociables y bienes cuya enajenación está sometida a publicidad.

La mujer tiene a su favor los llamados bienes reservados. Respecto de ellos, la mujer tiene los mismos poderes que el marido tiene para administrar los demás bienes comunes. Los bienes reservados se encuentran reconocidos por el artículo 224, reformado también por la Ley de 15 de julio de 1965. Según el artículo 224 cada uno de los cónyuges percibe sus salarios e ingresos de trabajo y puede disponer libremente de ellos, después de haber satisfecho o contribuido a levantar las cargas del matrimonio. Son bienes reservados los que la mujer adquiere con su salario o con sus ingresos en el ejercicio de una profesión separada de la de su marido. En los bienes reservados, la mujer tiene los mismos poderes que el marido respecto de los bienes comunes en general y por consiguiente también las mismas limitaciones.

Según el artículo 1.441 la comunidad legal se disuelve: 1.º, por la muerte de uno de los cónyuges; 2.º, en caso de ausencia, en que no obstante, el cónyuge presente puede optar por la continuación de la comunidad; 3.º, por divorcio; 4.º, por separación de cuerpos; 5.º, por separación de bienes, y 6.º por cambio del régimen matrimonial.

Son dignos de ser destacados estos dos últimos incisos. Según el artículo 1.443, si el desorden de los asuntos de uno de los cónyuges o su mala administración o conducta hacen que la continuación de la comunidad ponga en peligro los intereses del otro cónyuge, este último puede demandar la separación de bienes. La separación de bienes se acuerda judicialmente y es nula si las operaciones de liquidación no se comienzan dentro de los tres meses siguientes al momento en que adquiere firmeza la resolución judicial.

El Derecho francés de 1965 presenta la novedad de que al lado de la comunidad legal aparecen una serie de regímenes convencionales, que son, por decirlo así, como un elenco de posibilidades que se ofrecen a los que contraen matrimonio o a los que establecen su contrato de bienes después de él. Se encuentran entre ellos la comunidad de muebles y adquisiciones (art. 1.498 y ss.) la comunidad universal (art. 1.526) y, sobre todo, el llamado régimen de participación en las ganancias, que parece muy inspirado en la Z.G. alemana.

En el régimen de participación, que regula el nuevo artículo 1.569 y que rige cuando los cónyuges declaran expresamente casarse bajo él, cada uno de los esposos conserva la administración, el disfrute y la libre disposición de sus bienes personales, sin distinguir los que le pertenecían en el día de la celebración del matrimonio y los que hayan ingresado en su patrimonio después por donación o por liberalidad, o los que hayan adquirido durante el matrimonio por título oneroso. Durante el matrimonio, el sistema funciona como si los esposos se

hubieran casado en régimen de separación de bienes. A su terminación, cada cónyuge participa por mitad en el valor de las ganancias netas constatadas en el patrimonio del otro, medidas dichas ganancias a través de la doble valoración del patrimonio originario y del patrimonio final.

El patrimonio originario comprende los bienes que pertenecían al cónyuge el día del matrimonio y los que haya adquirido después por donaciones y liberalidades. No se tienen en cuenta los frutos de estos bienes. La consistencia del patrimonio originario se prueba mediante un inventario o estado descriptivo, que puede hacerse en documento privado y que debe establecerse en presencia del otro cónyuge y estar firmado por él. En defecto de esta constatación se considera que no ha existido patrimonio originario.

Los bienes originarios se estiman según el estado que tenían en el día del matrimonio o en el día de su adquisición, pero según el valor que tengan en el día en el que el régimen matrimonial se disuelve. Si han sido enajenados se toma en cuenta su valor en el día de la enajenación y si se ha producido una subrogación real con otros bienes, se toma en consideración el valor de estos otros bienes.

Del activo originario se deducen las deudas con que el patrimonio se encontrara gravado. Si el pasivo fuera superior al activo, el patrimonio originario se tiene por inexistente.

Del patrimonio final forman parte los bienes que pertenecen al cónyuge en el día en que el régimen matrimonial se disuelve o termina, comprendidos en su caso aquellos de los que haya dispuesto por causa de muerte y sin excluir las sumas de que pueda ser acreedor hacia su consorte. En los casos de divorcio, separación de cuerpos y liquidación anticipada, se considera como disuelto el régimen matrimonial el día de presentación de la demanda. A los bienes existentes se suman aquellos de que el cónyuge hubiera dispuesto por donación, a menos que la donación haya sido consentida por el otro cónyuge. Los bienes existentes se estiman según su estado y su valor en el momento de disolución del régimen. Los bienes objeto de donaciones y de enajenaciones hechas en fraude de los derechos del otro cónyuge se estiman según el estado en que se encontraran en el día de la enajenación, y se les da el valor que hubiera tenido si se hubieran conservado en el día de la disolución. Del activo así reconstituido se deducen todas las deudas, que no hayan sido todavía pagadas, sin excluir las sumas que se le pudieran deber al otro cónyuge.

Si el patrimonio final es inferior al patrimonio originario, la diferencia la soporta enteramente el cónyuge titular. Si es superior, la diferencia significa la ganancia neta, que da lugar a participación. Si hay ganancia neta en los patrimonios de los dos cónyuges, se compensa primero y sólo se parte el excedente. El cónyuge cuya ganancia haya sido menor es acreedor de su consorte por la mitad del excedente.

Al crédito de participación se le añaden las sumas que por otras causas el cónyuge pudiera ser acreedor hacia su consorte, por valores suministrados durante el matrimonio o por otros gastos, con deducción de aquello de que pueda en su caso ser deudor.

El crédito participacional se paga en dinero y es de pago inmediato. Mas si hubiera dificultades graves, el juez puede conceder para el pago un plazo, que no exceda de cinco años, siempre que la deuda se garantice debidamente. Por acuerdo de las partes, el crédito de participación se puede pagar mediante adjudicación de bienes o dación en pago.

El esposo acreedor del crédito de participación ha de perseguir primero los bienes existentes y subsidiariamente los bienes que hubieran sido enajenados por donaciones o por actos realizados en fraude de sus derechos, comenzando por las enajenaciones más recientes. La acción de revocación sólo se da contra los terceros adquirentes a título oneroso si se establece la mala fe de éstos.

La acción de liquidación prescribe a los tres años a contar del de la terminación del régimen matrimonial y las acciones contra terceros para la revocación de enajenaciones a los dos años.

El régimen de participación termina por muerte, por divorcio, por separación de cuerpos y por liquidación anticipada. Se admite la liquidación anticipada cuando el desorden de los asuntos de uno de los cónyuges y su mala administración o mala conducta dan lugar al temor fundado de que la continuación del régimen matrimonial comprometerá gravemente los intereses del otro cónyuge.

Al estipular el régimen de participación, los cónyuges pueden convenir una participación que no sea por mitad, sino por partes desiguales o estipular que el sobreviviente tenga la totalidad de las ganancias netas hechas por el otro.

Se puede también convenir al estipular el régimen que aquel de los cónyuges que en el momento de la liquidación sea acreedor del otro, podrá exigir la dación en pago de ciertos bienes de su cónyuge, siempre que tenga un interés esencial en hacérselos atribuir.

4. CONCLUSIONES

Tras el análisis o comentario que se ha esbozado en las líneas anteriores, llega el momento de cumplir la promesa de apuntar algunas ideas que puedan utilizarse en una reforma de la materia estudiada.

Estas ideas podrían esquematizarse del siguiente modo:

1.º La plena capacidad de obrar de la mujer casada, como la del varón, se encuentra en muy estrecha relación con el régimen económico-conyugal, de manera tal que sólo los regímenes económico-conyugales que cumplen unas determinadas condiciones facilitan tal capacidad.

2.º Para el otorgamiento o adquisición de plena capacidad e independencia, ningún régimen económico supera al de separación de bienes, el cual presenta, sin embargo, el inconveniente de perjudicar la situación y las expectativas patrimoniales de la mujer dedicada simplemente a sus labores o de la mujer cuyo trabajo o actividades obtengan una remuneración inferior a la del marido. Por ello, el régimen de separación de bienes debería conjugarse con algunas ventajas sucesorias.

3.º El régimen legal de sociedad de gananciales presenta, a nuestro juicio, la superioridad de comunicar por mitad los lucros nupciales, que son obra conjunta de marido y mujer. En su configuración actual, sin embargo, se producen graves inconvenientes, fundamentalmente por haberse transformado en una comunidad universal y por la rigidez y estrechez de sus causas de terminación.

4.º El llamado régimen de participación presenta la notoria ventaja de fundir el funcionamiento independiente que es propio del régimen de separación de bienes con la distribución de beneficios que es propia de la sociedad legal de gananciales y puede proporcionar un modelo muy actual en vistas de una futura reforma.

5.º La reforma puede acometerse transformando la actual sociedad legal en un sistema de participación o también, lo que parece más razonable y flexible, permitiendo la coexistencia de ambos tipos, de manera que la sociedad de gananciales continúe siendo el régimen capitular o convenido.

6.º La reforma estricta de la sociedad legal de gananciales debe, a nuestro juicio, hacer hincapié en dos puntos fundamentales, que son, principalmente, una ampliación de sus causas de terminación y una más estrecha conexión y coordinación con el régimen sucesorio.

Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes

MANUEL ALONSO OLEA

Catedrático de la Universidad de Madrid

El objeto de este ensayo es tratar de demostrar cómo culmina en Hegel una evolución doble, muy lenta, que, de un lado, rechaza la posibilidad de que puedan constituirse contractualmente situaciones personales de servidumbre y, de otro, explicita la idea de que las prestaciones de servicios pactadas por toda la vida de quien se obliga a prestarlos son en sí mismas serviles y, por tanto, también inadmisibles como contenido de un contrato.

* * *

La constitución de la situación de servidumbre mediante contrato fue conocida por el Derecho romano. Dejando a un lado los supuestos de venta y locación de las obras del hijo por el padre, ha llamado siempre la atención un conocido pasaje de Paulo —incorporado después a la *Lex Romana Visigothorum*, auténtico según la opinión más autorizada, dentro siempre de los complejos problemas históricos que plantean las *Pauli sententiae*— (1) que habla de que el hombre libre, que como tal tiene bajo su potestad su propio *status*, puede por acto voluntario empeorarlo (... *qui statum suum in potestate habet, et periorare eum ... potest*), a través de formas de auto-locación del hombre libre, *locare se*, borrosamente diferenciadas del *servum locare* —en los que el esclavo o era arrendado por su amo, o se arrendaba a sí propio, distinción clara en las fuentes (Dig. 19. 2.60.7)— que implicaban una sumisión a aquel al que los servicios eran cedidos.

(1) F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milán, 1946, pág. 134. En general, sobre las *Sentencias*, A. D'ORS, *Nuevos fragmentos de las "Pauli Sententiae"*, en "Rev. de Estudios Clásicos", III, 1955-56; EL MISMO, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1973, págs. 65-66. "Auténtico" en este contexto quiere decir que el texto procede de la compilación inicial de las *Sentencias* de Paulo, de mediados o finales del siglo III.

Probablemente, sin embargo, se trataba de pactos de duración limitada; de una “autoventa o esclavitud sujeta a término... la más antigua forma del contrato libre de trabajo”, pensó con exceso —en cuanto la “esclavitud” no se cualifica— Max Weber (2). En efecto, el texto de Paulo, tras sentar la posibilidad de “empeoramiento” de la propia condición jurídica por acto propio, continúa “... *atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat*” (3), con lo que esta forma de locación se concibe con toda seguridad no exactamente como constitución en esclavitud, sino como ejemplo de reducción de *status* implícito en el pacto mismo de locación, que por lo demás es limitado en el tiempo, si se tiene en cuenta que, en general, en las fuentes *opera* designa bien la jornada de trabajo, bien el trabajo realizado durante la jornada (4) (Vico, profundo conocedor del Derecho romano, se había fijado ya en ambos datos; sobre “el origen de la voz *opera*”, nos dice que “en su significación primitiva es la *fatiga d'un giorno d'un contadino*”, por eso a los que en latín “se llamaban *operarius se le llama en Italia* [hoy, 1744] *giornaliere*”) (5).

Desafortunadamente, esta *sententia* de Paulo sobre la que está reflexionando carece de la *interpretatio* que acompaña a algunas otras y a muchas de las normas recopiladas en la *Lex Romana Visigothorum*, tan útiles para desentrañar su sentido.

Pero, sobre todo, en el Digesto se contienen reglas numerosas sobre el hombre libre que consiente ser vendido como esclavo para participar en el precio; en Digesto I,V,5 aparece esta figura como una de las formas de *ius civile* por las cuales “los esclavos entran en nuestro dominio” (también en las *Instituciones* de Justiniano, I.III.4); entre las normas adicionales se halla la de que el así vendido no puede recuperar la libertad mediante la restitución-del precio, esto es, que adviene definitivamente a la situación de esclavitud (6), aunque, por supuesto, como esclavo que es, pueda ser manumitido

(2) *Economía y sociedad*, 2.^a, VIII, § 3; trad. española, 2.^a ed., Méjico, 1974; vol. I, pág. 543.

(3) Para las Sentencias de Paulo utilizo las *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, de J. BAVIERA, vol. *Auctores*, Florencia, 1940; la que se cita es el contenido de 1.^a, tít. XVIII, libro II. Desafortunadamente no figura entre las comentadas por E. LEVI, *Pauli Sententiae*, Cornell Univ., 1945.

(4) G. BAYÓN CHACÓN, *La Autonomía de la Voluntad en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1955, pág. 37; Bayón ha señalado también la tendencia a considerar objeto del pacto no el trabajo mismo como actividad, sino como fruto físico del trabajador, lo que explica su proximidad a la locación de cosas (*loc. cit.*, págs. 37-38).

(5) *Scienza Nuova*, libro V, cap. II (uso de la ed. Milán, 1862, reimpresión de la ed. 3.^a póstuma, 1744; la cita de pág. 387). El capítulo deja bien claro a continuación el *status* inferior del *operarius*.

(6) Esta última regla aparece claramente en Dig. 4.IV.9.4; las autoridades están conformes en que esto era efectivamente así (cfr. W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge Univ., 1908, reimpr. 1970, pág. 428) quizá a partir del Senadoconsulto Claudiano, año 52 (T. C. SANDARS, *Comentarios a las Instituciones*, Univ. de Aberdeen, 1962, pág. 15).

Esta forma de entrar en esclavitud se menciona uniformemente por los especialistas; así, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Derecho Romano*, Madrid, 1959, página 123; J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, 1965, pág. 113.

ulteriormente (por eso “una vez que es manumitido, no vuelve a su estado [de libre], del que abdicó, sino que se hace liberto”) (Digesto I,V,21).

La misma posibilidad se conoció en el Derecho intermedio durante un período dilatadísimo (además de que, como se dijo, los compiladores de la *Lex Romana Visigothorum* recogieron en esta la “sentencia” de Paulo ya comentada (7) y de que, por consiguiente, la “autolocación” reductora de *status* aparece en la transición del Derecho romano imperial al de la Alta Edad Media, del que la *Lex* es colección significativa de textos, aparte de que las sentencias de Paulo en concreto sean una “exposición simple del Derecho [romano] postclásico” (8), ya en el Derecho medieval el Fuero Juzgo, por ejemplo, reguló por su parte, tomando las normas de las fuentes romanas, los efectos del pacto por virtud del cual quien siendo libre “se vende” a otro directamente, o simula ser siervo de un dueño también simulado y “sufre que lo vendan” para repartirse entre ambos el precio: “si quisiere después ser libre, non deve seer, mas deve fincar por siervo”, salvo que se redima pagando el precio de la venta (Ley XI *antigua*, título III, libro V). Aunque la condición de siervo no sea ni mucho menos la misma (en el Fuero Juzgo apenas se diferencia de la de un esclavo), en las Partidas (donde el sentido de la servidumbre de que se habla consiste, en general, en la adscripción redimible jurídicamente a la tierra) se regula, por ejemplo, la forma documental del contrato por el cual “metense algunos omes so señorío de otros, faziendose suyos” y comprometiéndose “por si, e por sus fijos, de morar en tal [del señor] su heredamiento para siempre jamas ... e no partirse de aquel lugar sin voluntad, e sin mandamiento de aquel su señor” (Ley LXXXIX, título XVIII, partida tercera).

* * *

Es característica constante de todos estos tipos de pacto que generan una sumisión de una persona a otra de tal intensidad y

(7) Ver al respecto R. GIBERT, *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, en “Revista de Política Social”, núm. 101, 1974, págs. 10-11. Para las Sentencias de Paulo en la *Lex* utilizó *Iuli Pauli iurisconsulti sententiarum*, anejas al *Corpus legum* editado en Lyon, 1557; probablemente un epitome didáctico de la *Lex Romana Visigothorum*; la que comienza “homo liber qui statum...”, aparece en libro II, tít. XIX, 1.^o; el título tiene como rúbrica *De locato et conducto*. Como es sabido, *Corpus legum* fue una de las múltiples denominaciones con que se conocían las también abundantes versiones de la que hoy acostumbra a llamarse *Lex Romana Visigothorum* (ver J. GAUDEMET, *Le Bréviaire d'Alaric et les epitome*, en *Ius romanum mediæ ævi*, Milán, 1965, pág. 5; sobre las *Sentencias*, págs. 35-36). La sentencia citada aparece con el mismo emplazamiento y bajo la misma rúbrica en la edición monumental de la *Lex Romana Visigothorum*, de G. HAENEL, edición 1962, pág. 366.

(8) J. GAUDEMET, *Le Bréviaire...*, cit., págs. 21 y 41; la *Lex* se promulgó el año 506, treinta años antes que Justiniano publicara el Digesto, el año 22 del reinado de Alarico (loc. cit., pág. 4).

extensión que implica una reducción de la personalidad o *status* jurídico de la primera. Hay, sin embargo, diferencias de contenido que vienen fundamentalmente dadas por el ordenamiento jurídico y el tiempo histórico en que se celebran y, aun dentro de un determinado ordenamiento y tiempo, por las diferencias de religión, raza u origen nacional entre quien se vende a sí propio, y quien, siguiendo con la misma terminología, realiza la adquisición, factores estos últimos de importancia esencial en todas las relaciones históricas de esclavitud y servidumbre, en las cuales la "nacionalidad", la confesión religiosa y, sobre todo, la etnia ha sido un factor decisivo, hasta el punto de haberse mantenido que "las nociones de esclavo y extranjero se confunden" y que la verdadera esclavitud "tiene un carácter étnico indeleble" (9), afirmaciones en cuyo soporte pueden traerse a colación no solamente fuentes romanas, sino también tanto las prescripciones de otros ordenamientos jurídicos antiguos, típica y claramente el del pueblo israelita (10), como las ideas dominantes en la Grecia clásica (11).

En el tiempo y condiciones más desfavorables, por hablar de algún modo, suponen estos pactos la degradación personal a la condición de esclavo o siervo con la consiguiente atribución de potestades dominicales sobre su persona al adquirente; en los más favorables no hay restricción de personalidad salvo la implícita en la cesión de los servicios propios a otro y en el otorgamiento a este de los poderes necesarios para que aquéllos sean realizados en la forma, y aplicados a la utilidad, que quien los adquiere tenga a bien fijar.

Todo esto, en principio, con independencia de la duración pactada para la sumisión o prestación de servicios, en el sentido de que no parecía repugnar a la naturaleza ni al contenido del pacto que se celebrara por tiempo limitado y con sumisión plena o que ocurriera con sumisión limitada, pero por toda la vida del vendedor o cedente.

El segundo supuesto, sin embargo —obviamente el primero también; pero su misma claridad facilitó la solución, en cuanto se impuso

(9) El segundo pasaje se refiere concretamente a Roma; el primero a la esclavitud antigua en general. Ambos de H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes de très ancien droit romain*, en M. I. Finley, *Slavery in Classical Antiquity*, Cambridge, 1969.

(10) La distinción entre el "nacional" y el "extranjero" se formula explícitamente el *Levítico* 25, 44-46: "puedes comprar esclavos ... de los pueblos que te rodean, y de los extranjeros que viven entre nosotros ... [no] ... de entre tus hermanos del pueblo de Israel". La esclavitud del hebreo para amo hebreo es temporal, salvo, por cierto, parece, que se acepte por acto voluntario (*Deuteronomio* 15, 12-18).

(11) PLATÓN, *República*, V. 469b y V. 471a; un griego no debe poseer a otro griego como esclavo; a la raza de los griegos le debe ser evitado esto; los griegos no deben guerrear entre sí mirando hacia su destrucción ni hacia su esclavitud (ed. A. Bloom, Nueva York, 1969, págs. 149 y 151). Aristóteles, entre otros muchos pasajes, *Política*, I, 1 (1252b): "por eso dicen los poetas que 'es justo que los griegos manden sobre los bárbaros', entendiendo que bárbaro y esclavo son lo mismo por naturaleza" (ed. J. Marías y M. Araujo, Madrid, 1970), pág. 2.

la noción de que la libertad era irrenunciable y de que, por tanto, no podía ser objeto de pacto abdicativo—, forzó a formularse la pregunta concreta de si el mero hecho de la duración extendida a toda la vida no implicaría también, y de suyo, una restricción contractual de la libertad y, por tanto, de la personalidad, cualesquiera que fueran, o por muy limitados que fueran, los poderes sobre la prestación del vendedor, arrendatario o cedente conferidos al comprador, arrendador o adquirente; sí implicaría este tipo de pacto no la reducción parcial de libertad en que se encuentra todo deudor respecto del acreedor por la prestación que le debe, sino la más radical que “hacer perder al deudor [su] *condición subjetiva*”, convirtiéndole en “*objeto del poder del acreedor*” (12). De otra forma, formulando ya positivamente la pregunta: ¿podía decirse que las relaciones de servidumbre hubieran sido suprimidas en tanto se admitieran pactos de arrendamientos de servicios por toda la vida?

Por supuesto que hoy, desde hace tiempo, los ordenamientos jurídicos contestan a la pregunta con la negativa; moviéndonos dentro de nuestro Derecho, y sin profundizar en absoluto sobre el tema, nos encontramos ante antecedentes de preceptos o con preceptos positivos vigentes, como los siguientes, por citar sólo los más conocidos y básicos.

— El Proyecto de Código civil de 1851 decía que “no puede contratarse esta clase de servicios [“de los criados y trabajadores asalariados”, especie “del arrendamiento de trabajo”], sino para cierto tiempo o para una obra determinada; *el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*” (art. 1.524), comentando García Goyena que “semejante contrato —el hecho “por toda la vida”— se acercaría a la servidumbre”, respecto de la que, con un texto tomado de las Partidas, dice “que es la cosa mas vil de este mundo, e la mas despreciada”. Y añade: “será, pues, nulo este contrato por depresivo de la voluntad individual” (13).

— En el Código civil también “el arrendamiento [“del servicio de criados y trabajadores asalariados”] hecho por toda la vida es nulo” (art. 1.583), “sin duda para que no quede reducido el arrendador a la condición de esclavo, convirtiéndose el servicio en especie de servidumbre”, según muy oportunamente apostilló Alcubilla (14);

(12) J. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, pág. 115 (mías las cursivas) “... como ocurriría si se tratase de un esclavo suyo”, continúa Guasp.

(13) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Uso la edición de la Universidad de Zaragoza, 1974, página 799, de la que tomo también el texto del artículo 1.524 del proyecto; el subrayado es mío, por supuesto.

(14) *Diccionario*, t. VIII, ed. de 1918, pág. 248. El Código, a diferencia del proyecto de 1851, admite el contrato “sin tiempo fijo”, o por tiempo indefinido; pero esto se debe a que tal contrato, en la *mens* del precepto, podía ser resuelto por voluntad unilateral de las partes, como se desprende del art. 1.586 *a sensu contrario* y ha demostrado cumplidamente M. RODRÍGUEZ-PiÑERO, *Régimen jurídico del despido*, en “Rev. de Política Social”, números 74, 1967 y 77, 1968; resumidamente sobre el tema, mi *Derecho del Trabajo*, 3.^a ed., Madrid, 1974, págs. 123-124 y 254-256.

para “garantizar la libertad individual contra los mismas estipulaciones de las partes”, comentó Manresa (15).

* * *

La noción misma de que la libertad exige necesariamente la limitación en el tiempo durante el que los servicios deben ser prestados, sin embargo, muy anterior a la Codificación (16). El Derecho viejo pudo admitir, y admitió según se ha visto, servicios prestados: *de por vida*, incluso mediante pacto, pero no tuvo ninguna duda acerca de que esta característica restringía la libertad de quien los prestaba. Como ha demostrado Gibert, “la limitación en el tiempo es garantía de libertad del sirviente. Separa el régimen de contrato libre del régimen de prestaciones laborales forzosas, que tenía carácter vitalicio y hereditario” (17).

Es más: entre las varias situaciones o necesidades fácticas que aparecen en el ya aludido origen oscuro y remoto de las locaciones de servicios como figura contractual (18), está precisamente la necesidad de la disposición de servicios de otro por tiempo limitado, y aunque a esto pudo atenderse y se atendió también mediante el arrendamiento de esclavos de dueños que incluso los adquirirían con este fin —ya en Grecia, también en Roma (19)— la contratación esporádica de hombres libres para trabajos estacionales y para los de construcción —incluidos los de construcción de obras públicas, lo que explica la popularidad entre la *plebs* romana de los programas de éstas, como fuentes de empleo y de salarios— es un fenómeno conocido: “los obreros de la villa tusculana de Cicerón volvieron a Roma a recibir sus raciones gratuitas de trigo como ciudadanos” (20), esto es, como hombres libres.

(15) *Comentarios al Código civil español*, t. X, Madrid, 1905, pág. 677.

(16) La española, a su vez, tuvo como precedentes, entre otros, el artículo 1.780 del Código Napoleón, según el cual “no se pueden contratar sus [de “domésticos y obreros”] servicios sino por tiempo [cierto] o para obra determinada”; GARCÍA GOYENA, *loc. cit.*, pág. 799.

(17) *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, en “Revista de Política Social”, núm. 101, 1974, pág. 62. Este primoroso estudio de R. Gibert es imprescindible para cualquier estudio del tema en la Edad Media. Sobre la transición a ésta desde Roma, ver, aparte del propio Gibert y la bibliografía que cita, el estudio de publicación póstuma, 1947, de M. BLOCH, *Comment et pourquoi finit l'esclavage antique*, en “Slavery...”, citado.

(18) Remito sobre este punto a mi *Introducción al Derecho del Trabajo*, tercera edición, Madrid, 1974, págs. 80 y 82 y a *La Prehistoria del Derecho del Trabajo*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid” y a la bibliografía que cito en ambos lugares.

(19) M. I. FINLEY, *Aristotle and Economic Analysis*, en el mismo, editor, “Studies in Ancient Society”, Londres, 1974, págs. 50-51. También en la bibliografía a la que me he remitido en la nota anterior; señaladamente entre ella, C. MOSSÉ, *The Ancient World at Work*, Londres, 1969, págs. 83-84., y A. H. M. JONES, *Slavery in the Ancient World*, en M. I. FINLEY, *Slavery...*, citado, págs. 11-13.

(20) P. A. BRUNT, *The Roman Mob*, en M. I. FINLEY, *Studies...*, cit., página 90.

En referencia adicional y bien significativa de la importancia de la duración, la condena penal *in metallum* o *ad opus metalli* sólo constituía al condenado en esclavo, *servus poenae*, si era a perpetuidad, no si era temporal (21).

El hombre libre, pues, arrendaba sus servicios, pero lo hacía por tiempo limitado; las figuras de pérdida contractual de libertad se ligan a su carácter perpetuo, propio de las formas ordinarias de servidumbre, esto es, de las resultantes del cautiverio o del nacimiento. Desde luego, puede hablarse, pues, de una noción difusa de que si la limitación de tiempo faltaba se engendraba una situación contractual de servidumbre, y no si viceversa.

* * *

Tras el preámbulo que precede, la indagación sobre Hegel tiene el interés soberano de que las ideas latentes sobre la conexión jurídica forzosa entre limitación en el tiempo y libertad personal se hacen patentes con el lujo de fundamentos y la solidez de argumentación que en Hegel son tópicos. Lo que Hegel va a demostrarnos es que el arrendamiento de servicios es verdaderamente un contrato; la razón de que lo sea, y qué condiciones —señaladamente la limitación en el tiempo— han de darse para que efectivamente lo sea. De paso va a mostrarnos la imposibilidad de alienar la propia persona sin perecimiento de ésta, al implicar tal alienación el sacrificio de la libertad en que la personalidad consiste y, consiguientemente, perpetuar una institución como la esclavitud, contemplada ya como un “absurdo jurídico”.

Antes, sin embargo, de acceder a Hegel quizá sea útil hacer alguna consideración somera sobre los pensadores que le precedieron próximamente en la reflexión sobre los temas de la esclavitud y conexos, en cuanto significativos del nivel, llamémoslo de filosofía jurídica y social, de que Hegel parte. Eligiendo los más relevantes, esto es lo que se hace seguidamente (*).

* * *

A principios del siglo xvii hay en Suárez (22) una afirmación terminante de que “la naturaleza hizo a los hombres ... positivamente libres, con derecho intrínseco a la libertad”, con lo que la esclavitud, que *no* es exigida por “el estado de corrupción propio de la naturaleza humana caída”, es derecho de gentes; se puede imponer a “los

(21) BUCKLAND, *ob. cit.*, pág. 404.

(*) La elección que sigue debería haber sido ampliada incluyendo, desde luego, a Grocio; el tema tiene también interés, por ejemplo, entre otros, en Soto o en Pufendorf. Trataré de hacer esta ampliación en una versión futura de este ensayo.

(22) *De legibus ac Deo legislatore*, se publicó en Coimbra en 1612; utilizo la reproducción de esta edición del Instituto de Estudios Políticos, con la traducción de J. R. EGUILLOR, Madrid, 1967. Los textos que se comentan corresponden al libro I, cap. VI.20; libro II, caps. VIII.9, XIV.16 y 18, XVII.2., XVIII.8 y XX.8; libro III, cap. XX.8.

cautivos de guerra justa”, pero de este poder ya no se usa “entre los cristianos, por una antigua costumbre que es como un derecho estrictamente obligatorio para el pueblo fiel” (23).

Sin embargo, es admisible la servidumbre pactada: “por el hecho mismo de que el hombre es dueño de su libertad puede enajenarla o venderla” (*potest eam vendere seu alienare*); “de la libertad y de cualquier otro derecho semejante decimos que... pueden los hombres cambiarlo, porque en cada una de las personas existe en dependencia de su propia voluntad”; “puede uno entregarse como esclavo privándose de la libertad natural”. Pero no atribuye esto al amo —ni en general puede decirse que exista respecto de ningún dueño de esclavos— una potestad dominical propiamente dicha, sino un reducido *cuasidominio* —en virtud del cual, por ejemplo, “no le es lícito al señor maltratar a su siervo”—, cuya característica principal parece hallarse en la generalidad del contenido de las prestaciones que pueden exigirse del siervo, frente a las de trabajo limitado por razón del oficio —los “criados” tan sólo están obligados a obedecer, “en lo que por su oficio están obligados a hacer”—, únicos servicios a que viene obligado el trabajador que ha arrendado los suyos y que lo ha hecho, supone Suárez, en contemplación de las prestaciones ciertas que derivan, se diría hoy, de la cualificación profesional u *oficio*.

* * *

Escribiendo hacia 1640 mantiene Hobbes (24) que, aunque sea defendible en principio la tesis aristotélica de que se es esclavo o amo por la “virtud inherente” a uno u otro, sin embargo “nunca se pondrán los hombres de acuerdo ni sobre quién tiene esa eminencia de virtud sobre los demás, ni sobre quién es tan estúpido que sea incapaz de gobernarse a sí mismo”; “cada cual piensa, naturalmente, que es tan capaz, por lo menos, de gobernar a otro, como otro lo sea de gobernarle a él”. En virtud de este razonamiento puede decirse que “la ley de la naturaleza manda la igualdad” o, mejor dicho, “manda que se acepte la igualdad” de los demás.

Pero esto no impide el pacto de renuncia a esta condición de igual; la ley natural dicha no prohíbe que alguno “renuncie a la igualdad y se haga a sí mismo inferior”. “En suma, *el consentimiento del hombre puede privarle de la libertad que el derecho natural le concedió*”. Más adelante, entre las formas en virtud de las cuales

(23) “Como observaron Bártolo y Covarrubias, que cita a otros varios”, añade Suárez (libro II, cap. XX.8). Por supuesto, la tesis de que la esclavitud es de derecho de gentes, no de derecho natural, es romana: *cum iure naturali omnes libere nascerentur; servitus est constitutio iuris gentium*, en los conocidos pasajes de Ulpiano y Florentino (Dig. I, I,4 y I,V,4,2, respectivamente), entre otros.

(24) Hacia 1640 empezaron a circular las primeras copias manuscritas de *Elementos de Derecho Natural y Político*, no publicado hasta 1649-1650; utilizo la edición de F. Tönnies, de 1889, reeditada por M. M. Goldsmith, Londres, 1969. Las referencias corresponden a parte 1.^a, cap. 17, y parte 2.^a, capítulo 3; el párrafo en cursiva es del original.

una persona “puede tener un derecho de dominio sobre la otra”, se menciona la “oferta voluntaria de sujeción”.

Diez años después, Hobbes (25) insiste aún con mayor energía sobre la igualdad natural de todos los hombres: “la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales... que ninguno puede pretender para sí ningún beneficio que otro no pueda reclamar para él”. Quizá esto dé sentido al abandono en *Leviathan* de la idea de la servidumbre contractual, aunque ello no se exprese con la contundencia en Hobbes característica; en cualquier caso y bajo la rúbrica *No todos los derechos son alienables*, nos dice que el hombre en ningún caso puede abandonar ni transferir su derecho “a resistir a quienes le asalten por la fuerza para matarle ... [ni] ... para herirle, encadenarle o aprisionarle”; por ello, “un pacto de no defenderme frente a la fuerza con la fuerza es siempre nulo; porque, como he dicho, el hombre no puede transferir ni abandonar el derecho a evitar muerte, lesión o prisión”. Téngase en cuenta que en los *Elements* el esclavo aparece definido justamente como el ligado a su dueño “por las cadenas u otra forma violenta de custodia”, esto es, por el aprisionamiento, cuya posibilidad como acto voluntario se niega en *Leviathan*.

* * *

A principios del siglo XVIII —al reflexionar sobre Hobbes y Filmer— Leibniz encuentra generalmente en vigor la concepción de que “según el derecho de gentes los esclavos son propiedad de sus amos”, y enfrentándose con este hecho razona que, aunque a efectos dialécticos se conceda que exista un derecho de esclavitud entre los hombres, conforme al cual “los cuerpos de los esclavos... están bajo la dominación de sus amos”, siempre habrá que reconocer que sobre este derecho prima otro superior, a saber: “el derecho de las almas racionales [en cuanto] que son natural e inalienablemente libres” y, por tanto, “de adquisición imposible” [por otro]; siendo esto así, “como puede decirse que el cuerpo de un hombre pertenece a su alma y [por tanto] no puede ser desposeído de él mientras viva”, tampoco el cuerpo puede ser objeto de propiedad ajena, y lo que se llama esclavitud es, a lo más, “una especie de usufructo”, con las limitaciones propias del usufructo, señaladamente que “debe ser ejercitado *salva re*”, lo que impide no ya la muerte del esclavo, sino su maltrato o desdicha.

Y aun admitiendo, también a efectos dialécticos y contra lo que acaba de exponer, “que contra la naturaleza un hombre esclavizado sea propiedad de otro”, este derecho estaría limitado por la equidad “que exige que un hombre trate a otro como él mismo quisiera ser tratado en circunstancias similares” y por la caridad “que impone esforzarse en procurar la felicidad de los demás” (26).

(25) *Leviathan* se publicó en 1651. Uso la edición de M. Oakeshott, Oxford, s. d.; las referencias son de parte 1.^a, caps. XIII y XIV.

(26) *Meditación sobre el concepto ordinario de Justicia*, II. Su texto en G. MOLLAT, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens Ungedruckten Schriften*, Leipzig, 1885; también, en traducción inglesa, en P. RILEY, *The Political*

Un derecho natural, se nos dice con titubeos por Leibniz, “o algo similar o próximo a éste”, de esclavitud, sólo puede pensarse “respecto de pueblos enteros [formados por hombres] que sean como ganado... (“nacidos idiotas e incapaces de toda educación”) ...supuesto que tales hombres existan” (27); la afirmación de que existirían efectivamente, quedaba reservada para Montesquieu, como se verá.

En suma, para Leibniz —salvo la concesión hipotética del último pasaje que de un modo oscuro parece admitir la existencia de “almas mortales” en cuerpos humanos, concesión a mundos inexplorados— la esclavitud no puede existir como forma de propiedad; sí como derecho real limitado en su contenido por consideraciones tanto jurídicas como éticas; no limitado en su duración, como no lo está el usufructo, aunque también afirme que en general es obligación del amo “promover la libertad del esclavo a través de la educación”, bien que añadiendo, “al menos en lo necesario para la felicidad del esclavo” (28).

* * *

Unos diez años antes, Locke (29), con menos profundidad, había reflexionado sobre temas similares.

Por lo pronto se sitúan a un lado, allende la sociedad civil, de la que “no puede considerarse que forman parte”, “los esclavos ... cautivos hechos en guerra justa ... *por derecho natural* sujetos al derecho absoluto y al poder arbitrario de sus amos” (30), representando “un estado de guerra permanente entre conquistador y cautivo”. Lo sorprendente es que se presente como institución de derecho natural lo que de antiguo era de mero derecho de gentes.

Pero ya en el seno de la sociedad civil, la “libertad frente a un poder absoluto y arbitrario es tan necesaria y tan estrechamente unida a la preservación del hombre, que éste no puede desprenderse de ella”, como no puede disponer de su propia vida. Por eso “el

Writings of Leibniz, Cambridge Univ., 1972. Este ensayo de Leibniz se supone escrito hacia 1703.

(27) *Sobre el Derecho natural*; su texto está incluido entre los *Deutsche Schriften*, editado por G. E. Guhrauer en Berlín, 1838; también recogido por RILEY, en *loc. cit.*

(28) *Sobre el Derecho natural*, cit. Sigue la afirmación de la inmortalidad del alma y la admisión hipotética de cuerpos humanos con almas mortales.

(29) *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, de *Two Treatises of Civil Government*, publicado en 1690, anónimamente por cierto. Utilizo la edición T. I. Cook, Nueva York, 1947. Los pasajes sobre los que se va a discutir pertenecen a los caps. IV, *Of Slavery*, y VII, *Of Political or Civil Society*.

(30) Mías las cursivas; el anacronismo se halla en que la tesis aristotélica de la esclavitud de Derecho natural (*by the right of nature* es la expresión de Locke) había sido ya abandonada en Roma, según se dijo; aparte de que había sido ya mantenida antes de Aristóteles, que precisamente polemiza contra quienes creen “que la dominación es contraria a la naturaleza, ya que el esclavo y el libre lo son por convención y en nada difieren, naturalmente, y por ello [la esclavitud] tampoco es justa, puesto que es violenta” (*Política*, 1.3; 1255a).

hombre no puede ... ni por contrato ni unilateralmente (*by compact or his own consent*) esclavizarse a sí mismo respecto de otro”.

Sin embargo, también en la sociedad civil un hombre libre “puede hacerse a sí propio servidor de otro, vendiéndole por tiempo limitado los servicios que se compromete a prestar a cambio de los salarios que debe recibir” (*by selling..., for a certain time ... the service he undertakes to do ... in exchange for wages*), que es, incidentalmente, lo que Locke pensaba que ocurría entre los judíos “y otras naciones” en donde, efectivamente, los hombres se vendían a sí mismos; “es claro [que se vendían] sólo para trabajar, no como esclavos” —lo que probablemente es cierto respecto de los judíos si lo era también el dueño—, aunque respecto de estos tiempos viejos no se insista sobre que la “venta” podía ser de por vida.

Resumiendo, para Locke —dejando a un lado la esclavitud de guerra impuesta al vencido—, nadie puede entrar en servidumbre voluntariamente; puede arrendar sus servicios siempre que medie contraprestación, siempre que el arrendamiento se concierte por tiempo limitado, y siempre, como un siglo antes dijera Suárez, que del contrato derive “un poder limitado” por el objeto mismo del contrato, esto es, por la profesión del trabajador.

* * *

De las largas y tediosas páginas que a mediados del siglo XVIII dedica Montesquieu (31) a la esclavitud, las siguientes ideas deben ser subrayadas a los efectos que aquí importan, dejando a un lado respecto del cuerpo de este ensayo el influjo que otras reflexiones de Montesquieu ejercieran sobre Hegel, señaladamente las relativas a la influencia del “espíritu de una nación” sobre el derecho de ésta (32).

(31) *El espíritu de las leyes* se publicó en 1747; Montesquieu venía trabajando sobre él desde 1731. Utilizó las *Oeuvres complètes*, editadas por D. Oster, París, 1964. Las referencias son del libro X, cap. X y libro XIII, capítulo XV.

(32) Se señala, por M. FRANKLIN (*On Hegel's Theory of Alienation and Its Historic Force*, en Tulane Univ., *Studies in Philosophy*, vol. IX, 1960), tras la afirmación casi peregrina de que era intención de Savigny “justificar la alienación feudal condenada por el Enciclopedismo”, cómo Stammler había visto en el *Volkgeist* “el alma del pueblo, una experiencia psíquica colectiva”, justificando así, como en general la escuela histórica, el alto valor normativo de la costumbre (de la costumbre feudal, añade Franklin). La crítica a Stammler, incidentalmente, precisamente en este punto, fue hecha hace tiempo por MAX WEBER (*Economía y Sociedad*, 2.ª, I, § 2, 2.ª, Méjico, 1964, tit. I, páginas 263-264; resume aquí Weber su recensión del *Wirtschaft und Recht*, publicado en 1907, en el *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, bajo el título R. Stammler “*Veberwindung*” der materialistischen Geschichtsanfassung). La exploración filosófica del *Volkgeist* debe remontarse a Hegel, que la toma como común en la cultura de su época y en cuya filosofía de la historia y del derecho —cuando menos en su primera formulación—, al tratar de fijar su propia concepción de un Derecho natural “orgánico” frente al igualitario y universal de la Ilustración, depurado por Kant y por Fichte, es tema esencial: a Hegel cuando menos, por cuanto éste hereda parte de su problemática de Herder, de Rousseau y, desde luego, de Montesquieu (para la influencia de éste sobre Hegel, especialmente so-

En primer lugar, su negativa terminante en cuanto a la esclavitud contractual: "no es cierto que un hombre libre pueda venderse", ante todo por que "la libertad de cada ciudadano es una parte de la

bre *La constitución alemana*, ver la *Introducción* a la edición española de ésta, de D. Negro Pavón, Madrid, 1972); la misma expresión alemana *Volkgeist* probablemente procede de las traducciones de *L'esprit des Lois*, en donde Montesquieu habla de *l'esprit général d'une nation* y de *l'esprit de la nation* (XIX, 5; *Oeuvres*, París, 1964, págs. 641-642; así lo creyó Messineo; confróntese T. M. KNOX, *Hegel's Philosophy of Right*, Londres, 1969, páginas 374-375; también J. B. SUTER, *Burke, Hegel and the French Revolution*, en Z. A. PELCZYNSKI, *Hegel's Political Philosophy*, Cambridge Univ., 1971, página 60). Ver, asimismo, J. PARIENTE, *El racionalismo aplicado de Rousseau*, en *Presencia de Rousseau*, Buenos Aires, 1972, especialmente págs. 178 y 185, en cuanto a la influencia de Montesquieu sobre Rousseau en este punto. *Volkgeist*, por cierto, es expresión que aparece en Hegel desde sus primeros escritos (I. MUÑOZ TRIGUERO, *El concepto de "espíritu"* en los *escritos juveniles de Hegel*, en *En torno a Hegel*, Univ. de Granada, 1974, páginas 219-220), lo que también se atribuye a la influencia de Montesquieu (ver el excesivo G. PLANTY-BONJOUR, *L'esprit général d'une nation selon Montesquieu et le "Volkgeist" hégélien*, en J. D'HONDT, *Hegel et le siècle des Lumières*, París, 1974).

Por otro lado, Hegel nunca vio, como la escuela histórica, en el "espíritu del pueblo" una especie de germen originario, aunque sí "un principio implícito, y que opera bajo la forma de una oscura tendencia, para explicitarse más tarde y tender a hacerse objetivo", producto de múltiples factores, básicamente espirituales, de ahí su nombre, no geográficos; de ahí que se haya podido decir que la influencia que sobre él ejerció Montesquieu en este punto, "aunque bastante profunda, es... exclusivamente metodológica" (G. LUKÁCS, *El joven Hegel*, Barcelona, 1970, III, 4, pág. 368), y de ahí sus discrepancias con, o en lo que consiste, su "modernización" de Montesquieu (NEGRO PAVÓN, *loc. cit.*, pág. XLIV), y la nueva adición hecha a la "operación de resta" (*moeurs — raison = Volkgeist*) perpretada por la escuela histórica de que hablaba ORTEGA (*Dilthey y la idea de la vida*, en *Kant, Hegel y Dilthey*, 4.ª ed., Madrid, 1972, pág. 154); de ahí, en suma, que en los pasajes cruciales de *La razón en la historia* (II, 3, trad. Madrid, 1972, págs. 146 y 154-156) el espíritu del pueblo sea "una comunidad espiritual", una "simbiosis" del Estado y de los individuos, algo que "constituye su propiedad, por la que a la vez son poseídos", "la conciencia que el pueblo posee de su verdad y de su ser", su religión, "sus leyes, su ética, el estado de su ciencia y de su arte...", sus destinos"; también "las capacidades técnicas y la industria por las que satisface sus necesidades", todo lo que no es "natural", en suma.

En el tender el *Volkgeist* a "devenir objetivo" reside la posibilidad de la codificación de su derecho, de forma que para Hegel "uno de los mayores insultos que pueden proferirse a una nación" es negarla (*Filosofía del Derecho*, § 211); lo que hace que Hegel, como los más de sus contemporáneos (confróntese F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, 2.ª edición, Madrid, 1949, págs. 184-185), encuentre casi incomprensible la oposición a la misma de Savigny (frente a Thibaut, ésta fue una de las grandes polémicas del historicismo, como es sabido; sobre las discrepancias y las analogías "entre el pensamiento de la Escuela histórica y el de Hegel", ver, bajo esta rúbrica, págs. 447-448, de L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Méjico, 1970, que *rationae materiae* puede completarse con la lectura de H. JAEGER, *Savigny et Marx*, en *Archives de philosophie du droit*, volumen 12, 1967). No obstante, es cierto que Hegel tendió a ver en lo histórico lo necesario y a justificarlo por su mera existencia (ver, sobre estos temas, J. HYPOLITE, *Introduction a la philosophie de l'histoire de Hegel*, ed. París, 1968, págs. 19 y sigs.; H. P. ADAMS, *Karl Marx in His Early Writings*, ed. Londres, 1965, págs. 59-60; la cita de *La razón en la*

libertad pública” y, por ello mismo, está fuera de los poderes dispositivos de aquél, y, además, por que el tal contrato no implicaría reciprocidad alguna, puesto que “el amo no daría nada y el esclavo

historia, II, I, ed., cit., pág. 88; también en *Introducción a la Filosofía de la Historia*, en *Hegel, extraits*, París, 1967, de J. D'HONDT; B. BOURGEOIS, *La pensée politique de Hegel*, París, 1969, págs. 35-36; sobre la codificación, *Filosofía del Derecho*, ads., 132, 134 y 136 a §§ 211, 214 y 216, y *Enciclopedia*, § 529, ed. cit., vol. III, pág. 229), siendo éste un rasgo de la escuela histórica que irritaba profundamente al Marx juvenil por lo que tenía, a su juicio, de positivismo velado por la “adoración de las reliquias históricas” (artículo en el *Rheinische Zeitung* de 9 de agosto de 1842, con ocasión del nombramiento de Savigny como Ministro de Justicia, aunque no es éste, sino Hugo, el blanco de las iras de Marx; el texto de artículo en la edición Stuttgart, 1962, de los *Frühe Schriften*, págs. 198 y sigs.; la cita de pág. 199; un pasaje del mismo tenor en la *Introducción a la Filosofía del Derecho de Hegel*, en *Frühschriften*, ed. 1971, págs. 209-210).

Tampoco participó Hegel —aparte de que tampoco sentía admiración por Hugo (su *Historia del Derecho Romano* se pierde “en lo esencial y en las apariencias”, dice en *La razón de la Historia*, ed. cit., pág. 36)—, en general, del exceso de la escuela de hacer del Derecho, “lo que cada comunidad exhala en su desarrollo histórico”, lo cual puede ser Sociología, pero “por sí solo no goza de ninguna significación jurídica y, para dar cuenta de él[lo] el Derecho es inútil y hasta incomprendible” (J. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971, pág. 404); cuando menos en la *Filosofía del Derecho*, tras de convenir con Montesquieu en que “la legislación, ni en general ni en sus preceptos particulares, debe ser contemplada como algo aislado y abstracto... sino en conexión con los demás factores que constituyen el carácter de una nación y de una era”, añade Hegel que, sin embargo, no se debe incurrir en la exageración de “estirar la explicación histórica para convertirla en justificación absolutamente válida ... [pues] ... se pueden mostrar normas enteramente fundadas en, y completamente conformes con las circunstancias que son por completo erróneas e irracionales en su carácter esencial” (siguen a continuación dos ejemplos de Derecho romano que enseñan cómo Hegel tuvo el prejuicio antirromanista que se apunta en la escuela histórica y que se exacerba en Maitland “... el derecho de una gente insociable”; *Introducción a su traducción parcial de la monumental obra de GIERKE, con el título Political Theories of the Middle Age*, ed. Bostón, 1958), y se acaba diciendo que estos matices “son muy importantes y obvios y deben siempre ser tenidos en cuenta” (*Filosofía del Derecho*, § 3, ed. cit., págs. 41-42), aunque en general “el derecho sólo surge porque es útil para las necesidades de los hombres” (ad. 131 a § 209; cfr. GUASP, “Derecho no es sino lo que los hombres tienen que hacer necesariamente por el hecho estricto de vivir en sociedad”, *loc. cit.*, pág. 62), pasaje que, por cierto, se subraya por Marx en su crítica a Stirner (*Ideología alemana*, III.2.5.A.I, trad. española, Barcelona, 1972, pág. 373). Adorno se refiere con oportunidad a estos pasajes para subrayar cómo Hegel optó en la *Filosofía del Derecho* “por la tradicional separación de lo histórico y lo sistemático” y cómo, en general, mantuvo “la irreductibilidad conceptual del concepto histórico” (*Skoteinos, o cómo habría de leerse [a Hegel]*, en *Tres estudios sobre Hegel*, Madrid, 1969, páginas 162-163). En cualquier caso parece como si el entusiasmo de Hegel por el “espíritu de un pueblo” se fuera debilitando respecto del que muestra en sus obras primeras (“este espíritu de un pueblo existe de una manera absoluta, es la consecuencia de todos, el espíritu que todos contemplan”; *Realphilosophie I*, I.a, ed. G. Planty-Bonjour, 1969, pág. 66), quizá consciente del equívoco —patente, según se vio, en su tratamiento de las corporaciones— del *Volkgeist* como “peculiaridad histórico-nacional constitutiva de una tradición” y como “estructura social que se desea mantener inmutable en razón de intereses de grupo” (J. M. JOVER, *Situación social y poder político en la España de Isabel II*, en *Historia Social de España*, siglo XIX, Madrid, 1972,.

no recibiría nada" o, positivada la meditación, aquél recibiría todo y éste daría también todo.

En segundo término la negativa, asimismo, de que la esclavitud

pág. 254). Pero la noción —una de las nociones— misma de espíritu como "vínculo comunitario" no fue nunca abandonada por Hegel y con razón se tiene por una de sus ideas más fecundas (I. MUÑOZ TRIGUERO, *El concepto...*, cit., págs. 253-255). Probablemente la encarnación en un pueblo del espíritu objetivo era noción que Hegel no podía abandonar so pena de que le desapareciera el propio pueblo como sujeto historiable y con él su concepción de la Historia misma y de la vida histórica como algo distinto y que está por encima de los individuos (X. ZUBIRI, *El problema del hombre*, curso dictado en 1953-1954, según mis notas; también según éstas, es cierto que en la Historia pasan los individuos y quedan los sucesos, pero además de estos, cuando los hombres "pasan", quedan otros hombres y no un sujeto abstracto de la historia; *temáticamente: si no quedarán individuos, hombres, no podría haber Historia*), lo que no es obstáculo para que en momentos determinados los pueblos y su espíritu aparezcan como algo finito y limitado que se subsume en un espíritu universal (este es el tránsito del *Volkgeist* al *Geist der Welt* que se enuncia en el esplendoroso § 340 de *Filosofía del Derecho*).

El antirromanismo de Hegel, ya aludido, grotesco en ocasiones, una especie de fobia similar a la que le inspiraba Newton (ver *Enciclopedia*, §§ 266, 270, 276, 280, 320), impregna toda la *Filosofía del Derecho*; al pasaje citado pueden añadirse los de § 3 ("El Derecho romano, en cuando a la familia, la esclavitud, etc., deja de satisfacer las exigencias más modestas de la razón"); § 40 ("la perversión y falta de pensamiento especulativo de la clasificación de los derechos en *ius in personam* y *ius ad rem*, que está en la raíz del Derecho romano..."); § 43 ("injustificable y anti-éticas" las reglas de Derecho romano sobre potestades del *pater familias* sobre los hijos); § 62 (crítica violenta del pasaje de las *Instituciones* de Justiniano —libro II, tit. IV, principio— que define el usufructo); § 79 ("la distinción de Derecho romano entre *pactum* y *contractus* es falsa"); § 175 (su tendencia hacia el "legismo formal"), y § 180 ("duro y unético" en su regulación de las potestades del *pater* para *disponer* su sucesión *mortis causa*), etc.

Posiblemente este antirromanismo de Hegel está en conexión con su "germanismo" que aparece infantilmente al final de la *Filosofía del Derecho* (§ 358: "la reconciliación de la verdad objetiva y de la libertad como libertad y verdad en la autoconciencia y en la subjetividad, una reconciliación ... confiada a los pueblos germánicos") y con reiteración en las *Lecciones sobre historia de la filosofía*; la fuente inspiradora o la influencia puede ser también de Montesquieu, cuyo germanismo, como se verá, está impregnado de un racismo "franco", y blanco en general, desagradable (ver, por ejemplo, *L'esprit des lois*, VI.18, X.3, XIV.2.3 y 14, XV, XVII.6, etc., *Oeuvres*, cit., páginas 563, 580, 614-615, 620, 632), al que se opondría el "galicismo" de Sieyès (las "supersticiones góticas", las instituciones "góticas y ridículas", *Qu'est-ce que le Tiers état?*, IV § VI y VI, ed. R. Zapperi, Ginebra, 1970, págs. 167 y 172) y de Saint-Simon, aunque este último por su parte fuera un defensor convencido de los europeos, los "hijos de Abel" (ver *Un rêve* y la fantasía histórica del *Catecismo de los industriales*, ambos en D. DESANTI, *Les socialistes de l'utopie*, París, 1970, págs. 81 y 85) y al que Hegel se aproxima en ocasiones —más en la *Filosofía de la Historia* que en la *del Derecho*— en sus llamativos ataques a Roma, tras el tratamiento elegíaco de Grecia (ver G. HEIMAN, *The Sources and Significance of Hegel's Corporate Doctrine*, en Z. A. PELCZYNSKI, *Hegel's...*, cit., y ver, quizá, con algún cuidado porque este trabajo es tendencioso en este mismo respecto, a mi juicio); cuando menos quienes han estudiado este tema en Hegel se han creído en el caso de defender contra la imputación de racismo la forma como "arrogantemente asume la superioridad" del *germanisch* o europeo nórdico (W. H. WALSH, *Principle and Prejudice in Hegel's Philosophy of History*, en

—ni siquiera respecto de pueblos de religión o raza distinta— esté fundada en el Derecho natural: “como todos los hombres nacen iguales, es necesario decir que la esclavitud es contra natura”; tampoco en el Derecho de gentes, salvo “en la medida que sea necesaria para la conservación de la conquista” del pueblo dominado por el dominador; aunque en sí misma “la servidumbre no es jamás el objeto de la conquista..., puede ser medio necesario para conservarla”.

Ultimamente todos estos razonamientos píos ceden cuando se trata de explicar, “de sostener, el derecho que *nosotros* [los franceses, parece por el contexto] tenemos de esclavizar a los negros”, porque entonces se nos dice portentosamente que “se trata de quienes son negros de la cabeza a los pies”, de quienes “carecen de sentido común”, como lo prueba “que prefieran un collar de vidrios a uno de oro”. De donde se deduce que “es imposible suponer que tales gentes sean hombres”: “es inconcebible que Dios, que es un ser tan sabio, haya puesto un alma, sobre todo un alma buena, en un cuerpo negro del todo”. Ante razonamientos tan convincentes se comprende que sólo “sean *petits esprits* quienes exageren la injusticia que se comete con los africanos”.

En suma, el Derecho natural y el de gentes prohíbe esclavizar a los hombres, pero diciendo que los esclavizados no son hombres —aparte de que, de otra forma, “el azúcar costaría muy cara”— quedan tranquilos “el espíritu y el corazón”.

Estos últimos pasajes de Montesquieu son de carácter tan retrógrado —aun situados en su época y en su contexto, este último el del libro XV del *Espíritu* de las leyes sobre como las relativas “a la esclavitud civil están en relación con el clima”, poco favorable para los países cálidos (33)— que cabe pensar que están escritos irónicamente, en cuyo caso serían, en su crudeza misma, un ataque frontal al esclavismo y a las ideas y prejuicios ridículos que en Francia se alegaban en su defensa (34), y se distinguirían de los en que la preferencia de Montesquieu por lo germánico o por lo franco es evidente y simplóna (35), como por cierto se recreó en subrayar Sieyes (36).

* * *

Z. A. PELCZYNSKI, *Hegel's...*, cit., págs. 192 y sigs.; la defensa no es convincente o, quizá, le falta convicción), la misma que con más suavidad aparece en Dilthey (“este espíritu germánico producirá así una nueva sociedad...”, etc., *Teoría de las concepciones del mundo*, ed. J. Marías, Madrid, 1974, página 97). Ver también, para la defensa, W. KAUFMANN, *The Hegel Myth and Its Method*, en A. MacIntyre, ed., *Hegel. A Collection of Critical Essays*, Nueva York, 1972, págs. 57-60, y una crítica acerba de la tesis contraria en el superficial K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, Londres, 1945.

(33) Libro XV, cap. 7, especialmente.

(34) Mis colegas profesores Díez del Corral y Truyol Serra, con quien he comentado estos pasajes, afirman, desde luego, que son irónicos. A su autoridad me acojo, por supuesto.

(35) Libro VI, cap. 18; libro X, cap. 3; libro XIV, caps. 2 y 15 (este último dedicado a los japoneses); por supuesto, el propio libro XV. Los visigodos quedan aparte de la alabanza (libro XXVIII, cap. 1), sin duda por haber emigrado a un país cálido (libro XIV, cap. 14).

(36) *Qu'est-ce que le Tiers état?*, IV, §§ VI y VII, VI, ed. R. Zapperi, Ginebra, 1970.

En fechas cada vez más próximas a Hegel, y en este caso con probable influencia sobre él en el tema concreto que se está examinando, se encuentra la reflexión de Rousseau (37).

Por lo pronto, en cuanto al origen de la esclavitud, criticando a Grocio y a Hobbes, y lo que llamaba “su manera constante de razonar estableciendo el derecho por los hechos”, niega terminantemente que todos los hombres no sean naturalmente iguales y que “unos nazcan para la esclavitud y otros para la dominación”. Irónicamente: “Aristóteles tenía razón... todo hombre nacido en esclavitud nace para ser esclavo, nada hay más cierto”, pero “si hay esclavos por naturaleza es porque hubo esclavos contra la naturaleza. La fuerza hizo los primeros esclavos...”.

Pero tampoco es o deriva la esclavitud del Derecho de gentes ni se puede fundar en la guerra; la esclavitud derivada de la guerra no es sino la continuación de ésta; “el estado de guerra subsiste entre ellos”, amo y esclavo, conquistador y vencido; aunque haya mediado un supuesto pacto de paz, este pacto no es tal, porque “lejos de destruir el estado de guerra, implica su continuidad”.

Ya en el ámbito de lo que Locke hubiera llamado “sociedad civil”, un hombre ni puede venderse a otro ni darse a otro gratuitamente; lo segundo es “algo absurdo e inconcebible..., un acto ilegítimo y nulo por lo mismo que sólo es pensable de un loco”; lo primero —“estipular para una parte una autoridad absoluta, para la otra una obediencia sin limitación”—, “es un contrato vano y contradictorio”, porque; resonando los ecos de Locke, “¿no implica la nulidad del acto ... que no se obligue a nada quien tiene derecho a exigir todo?”. Aparte de que el supuesto pacto supondría “renunciar a la libertad, esto es, a la condición de hombre”, renuncia “incompatible con la naturaleza” de éste.

Las ideas básicas del *Contrato social* en cuanto a estos puntos habían sido ya expuestas con anterioridad por Rousseau (38). En un pasaje especialmente interesante, nos dice que Pufendorf había mantenido que lo mismo que el hombre puede transferir sus bienes a otro por contrato, puede también despojarse de su libertad; “un razonamiento pésimo éste”, replica Rousseau; en primer lugar, porque “el bien que enajeno deviene así para mí algo que me es ajeno y cuyo abuso me es indiferente”, lo que no reza respecto de mi libertad, “de la que me importa que no se abuse en absoluto”; y, en segundo término, porque “siendo el derecho de propiedad fruto de convención e institución humanas, todo hombre puede disponer a su gusto de lo que posee, pero no es el mismo respecto de los dones

(37) El *Contrato Social* se publicó en 1762, aunque el manuscrito se había enviado por Rousseau al editor en 1761; los pasajes que se van a citar son del libro I, caps. II, *Des premières sociétés*, y IV, *De l'esclavage*; uso la edición B. de Jouvenel, Ginebra, 1947.

(38) *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, escrito por Rousseau en 1754; el pasaje que se va a comentar se halla en la parte 2.^a del *Discurso*. Uso la edición J. Roger, París, 1971, página 225.

esenciales de la naturaleza, como la vida o la libertad”; de estos es “más que dudoso que tenga el hombre derecho a despojarse”, pues el despojo “destruye lo que [el hombre] es en sí”.

En definitiva, y resumiendo aquí con los propios textos de Rousseau, “el derecho de esclavitud es nulo no solamente porque es ilegítimo, sino porque es absurdo y no significa nada. Estas palabras *esclavitud* y *derecho* son contradictorias, se excluyen mutuamente” (39).

* * *

Por concluir con un contemporáneo de Hegel, Bentham (40), sin claridad excesiva y con el “estilo abominable” (41) que caracteriza sus escritos, se refirió a la “infinidad de modificaciones” de la condición de servidumbre, que además “puede estar infinitamente diversificada en los distintos países”. Pero los extremos de esta gama tan varia se hallan, de un lado, en una situación en la que los poderes del amo son *ilimitados*, en cuyo caso de quien está sometido a los mismos se dice que “su condición es de... *esclavitud* pura”; de otro, en una que suponga tantas limitaciones de las facultades del dueño —incluso éste puede estar obligado a pagar, y el servidor puede, por tanto, tener derecho a “recibir *salarios* u otros emolumentos”— que “la entrada en tal situación, y la continuación en ella, hayan podido ser el resultado de su [del trabajador] propia elección”.

Sujeción forzosa e ilimitada (esclavitud) y sujeción voluntaria y limitada (contrato) se contraponen, bien que dentro de un continuo cuyos grados son reflejo de la condición de las personas. Quiero decir que en el fondo Bentham sigue pensando que siempre hay una cierta degradación personal o algo que a la persona misma afecta en el hecho de trabajar para otro (42).

* * *

(39) *Contrato social*, párrafo final del cap. IV, libro I; en el original las cursivas.

(40) *La introducción a los principios de moral y legislación* se publicó en 1789, aunque Bentham había concluido el manuscrito unos diez años antes. Bentham murió, un año después que Hegel, en 1832, pero había nacido en 1748 (Hegel en 1770). De los *Principles*, uso la ed. Nueva York, 1961. Las referencias son del cap. XVI, 3, apartados XLII-XLIII. Las cursivas son de Bentham.

(41) Este juicio estilístico, unido al de que “sus razonamientos eran en ocasiones casi ininteligibles”, es de BOWDITCH y C. RAMSLAND, *Voices of the Industrial Revolution*, Ann Arbor, 1961, pág. 33.

(42) Consecuencia de ello es la inclusión del contrato de trabajo en el derecho de las personas, no en el de los contratos; en Blackstone aparece dentro de aquél, en el libro I, como una “relación doméstica”, aunque se haga la indicación de que “la esclavitud pura y simple no subsiste en Inglaterra” (*Commentaries*, ed. J. W. Ehrlich, Nueva York, 1959, pág. 70). Aun en el siglo XIX, el del empresario a los servicios del trabajador es un derecho ejercitable *erga omnes*, esto es, un derecho real (ver P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Nueva York, 1969, págs. 122 y sigs.). El Derecho del trabajo o, mejor dicho, el Derecho del contrato de trabajo se siguió llamando en Inglaterra *Law of Master and Servant* hasta la *Employers and Workmen Act* de 1875, y la denominación perduró en la práctica y en los

En Hegel, en la *Filosofía del Derecho* (43), hay una distinción clara y terminante tanto en el concepto como en la terminología entre el arrendamiento de servicios como figura contractual y las relaciones de servidumbre como figuras no contractuales. En efecto, Hegel califica como:

Veräußerung la cesión a otro de los propios servicios mediante contrato, y en la forma estricta en que concibe esta institución contractual como “enajenación limitada en el tiempo o de otra forma” (44).

Y en cambio habla de:

Entäußerung cuando reflexiona sobre, y niega la posibilidad de que “yo enajene la totalidad de mi tiempo, cristalizado en mi trabajo, y todo lo que produzco” (45), usando de la misma expresión de que se sirve para significar la enajenación de las cosas por su propietario (46).

Veamos, pues, cuáles son las consecuencias de esta distinción —insisto, conceptual y terminológica— (47) tan precisa.

libros (y perdura hoy excepcionalmente; por ejemplo, F. R. BATT *Law of Master and servant*, 5.^a ed., Londres, 1967; P. S. ATIYAH, *Introduction to the Law of Contract*, 2.^a ed., Londres, 1971, págs. 146, 164, 232, 256, etcétera) hasta mucho después, aunque tendiendo a ser sustituida por la *Industrial Law* (por ejemplo, H. SAMUELS, 7.^a ed., Londres, 1967; J. L. GAYLER y R. L. PURVIS, 2.^a ed., Londres, 1972) y aún a regañadientes por la de *Labour Law* (por ejemplo, CH. DRAKE, Londres, 1969); todavía se dice que *master* y *servant* “son expresiones frecuentemente usadas por los abogados” —y se añade, por vía de explicación, que las mismas derivan de épocas en que la relación de trabajo “poseía algunos de los rasgos del feudalismo” (?)— (J. L. GAYLER y R. L. PURVIS, *Industrial Law*, 2.^a ed., Londres, 1972, pág. 21).

(43) Para la *Filosofía del Derecho* utilizo la ed. Hoffmeister de 1955 (reimpresión, Hamburgo, 1967) de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. En espera de la ansiada versión al español de Truyol, puede usarse en nuestro idioma la de A. Mendoza, 5.^a ed., Buenos Aires, 1968, hecha desde la italiana de F. Messineo, Bari, 1913; es excelente la versión inglesa de T. M. Knox, Oxford Univ., 1952 y 1969, hecha sobre las alemanas de Gans y Lasson.

Para el texto que cito como *Propedéutica* uso el vol. 4, *Nürnberger und Heidelberger Schriften, 1808-1817*, de los *Werke*, Francfort, 1970. Las referencia son normalmente de I (*Texte zur Philosophischen Propädeutik*) y 8 (*Rechts-, Pflichten- und Religionslehre*)

Para la *Enciclopedia*, la traducción de E. OVEJERO MAURY, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, 3 vols., Madrid, 1918.

Para la que acostumbra a citarse como *Realphilosophie II*, manuscrito 1805-1806, utilizo la ed. Hoffmeister, *Jenaer Realphilosophie*, Hamburgo, 1969.

(44) *Filosofía del Derecho*, § 80 (B,3).

(45) *Filosofía del Derecho*, §§ 66 y 67.

(46) *Filosofía del Derecho*, § 65. *Entäußerung des Eigentums*, transmisión de titularidad o enajenación de propiedad (“venta”, en la ed. en español, página 86) es la rúbrica de 1.^a, I, c, que precede al § 65; la misma terminología en §§ 73, 75 y 76, por ejemplo.

(47) La distinción terminológica es de gran importancia, especialmente por la enorme carga de sentido que Hegel encierra dentro de *Entäußerung*, en la *Filosofía del Derecho* y doquiera en su obra, señaladamente en *Fenomenología del Espíritu*, especialmente cuando la conecta con, o la convierte en sinónimo de *Entfremdung*. He examinado estos temas con alguna exten-

“Yo puedo enajenar mi propiedad”, las cosas que por su naturaleza me son externas, pero que están bajo mi dominio, integrando mi patrimonio, y realmente en esta potestad de enajenar, que incluye el puro y simple abandono de la cosa como *res nullius*, exteriorizo y manifiesto mi voluntad de dominación, o demuestro el sometimiento de la cosa a mi voluntad en que la propiedad consiste; en cuanto que mi querer está en la cosa de que soy dueño, “solamente yo mismo puedo sacarlo... y la cosa sólo por mi querer puede pasar a otro” (48).

En cambio, “aquellos bienes... que constituyen mi propia personalidad y la esencia de mi autoconciencia, son inalienables, y mi derecho a ellos es imprescriptible”; estos bienes comprenden, además de mi “personalidad en cuanto tal, mi vida ética y mi religión”, comprenden, digo, “mi libertad”; esta es, pues, inalienable por esencia. La posibilidad de enajenación, insiste Hegel, de retirada de mi voluntad de dominación para dar paso a la de otro, “es posible sólo en el caso de que la cosa sea externa ... [a mí] ... por naturaleza”, no respecto de aquello otro “que sólo existe en esencia *qua* mío y no como algo externo” (49).

Una hipotética enajenación de mi libertad no sería tal en sentido jurídico, porque constituiría un acto de disposición sobre lo que es indisponible para mí y para todos. Y un ejemplo típico de este acto nulo de alienación sería, repitiendo la cita, aquel por virtud del cual pretendiera “enajenar la totalidad de mi tiempo, cristalizado en mi trabajo, y todo lo que produzco”, porque entonces, insiste Hegel, estaría “convirtiendo en propiedad de otro la sustancia de mi ser, mi actualidad y mi actividad general, mi personalidad” (50), y éste es un contrato imposible, por versar sobre algo que está fuera de mi capacidad de disponer.

Claro es, razona Hegel en otros lugares, que la esclavitud ha existido y con ella la posibilidad de cesión a otro de mi libertad o de la totalidad de mi tiempo cristalizado en el trabajo, pero esto ha ocurrido para el hombre en los momentos “de transición del estado de naturaleza a una condición genuinamente ética” (51), en cuyo reino nos encontramos ya y al que repugna cualquier tipo de pacto “sobre la totalidad de mi persona” (52). Hoy “la absoluta inadaptación del hombre a la esclavitud no debe ser ya aprehendida como un simple ‘debe ser’ ... [sino que está superada] ... la tesis falsa

sión en mi *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, 1974; sobre estas expresiones en general, en alemán y en sus traducciones al español, francés e inglés, cap. I, págs. 13 y sigs.; sobre su uso por Hegel, cap. II, págs. 21 y siguientes.

(48) *Enciclopedia*, § 492.

(49) *Filosofía del Derecho*, §§ 65 y 66; para el concepto de propiedad, y su diferencia de la posesión, §§ 49-51; sobre las formas de exteriorización de la propiedad, § 53.

(50) *Filosofía del Derecho*, § 67.

(51) *Filosofía del Derecho*, ad. 36 a § 57.

(52) *Realphilosophie*, II, B.II.b.

de que el hombre es una [simple] entidad natural y por esta razón capaz de ser esclavizado" (53).

En una versión anterior de estas mismas ideas —demostrando aquí la continuidad y coherencia características del pensamiento de Hegel— “puedo enajenar mi propiedad, trasmitiéndola a otro por acto de mi voluntad libre”, pero “son inalienables aquellos bienes... que constituyen mi persona o que forman parte de mi sustancia”; semejante alienación o enajenación, “sería nula ... [porque] ... no siendo la personalidad algo que me sea externo, en la medida en que la ceda la convierto en una cosa” (54). Y si lo hiciera, si me enajenara a otro, negaríamos el otro y yo la esencia misma del Derecho, porque el principio sustancial de éste es justamente que “cada uno debe ser tratado por otro como persona” (55) o, volviendo a la *Filosofía del Derecho*, iríamos contra el “imperativo jurídico: «sé persona y respeta a los demás como personas»” (56).

De nuevo tampoco se ignora aquí la existencia de normas que consienten la esclavitud, pero las tales “contradican la razón y el derecho en cuanto tal” (57). Pensando, sin duda, en Leibniz: el razonamiento de que la esclavitud sujeta sólo el cuerpo o de que sólo éste está enajenado en las relaciones de servidumbre, debe ser rechazado, porque aun siendo cierto que “el cuerpo es algo exterior”, también lo es que “en mi cuerpo está mi autosenntimiento inmediato de mí mismo” y, por ello, su sujeción o esclavitud “viola mi personalidad”(58) y, de nuevo, la esencia del Derecho que consiste en que yo, como todo hombre, sea tratado como persona. Violar el derecho a la postre no es sino esto: “no respetar al hombre en cuanto persona o asaltar la esfera de su libertad” (59).

* * *

Aunque, se insiste, no puedo “enajenar la totalidad de mi tiempo, cristalizado en mi trabajo y todo lo que produzco”, sin embargo, igual que puedo enajenar a otro “productos determinados de mis facultades físicas y mentales”, esto es, bienes de mi propiedad por mí producidos, puedo también “cederle el uso de mis habilidades por un período de tiempo limitado”, porque “con la limitación misma, mis habilidades se ponen en relación externa con la totalidad y universalidad de mi ser” (60).

De la misma forma que respecto de la propiedad la distinción entre uso y sustancia de una cosa no surge sino a través de la limi-

(53) *Filosofía del Derecho*, § 57.

(54) *Propedéutica*, I.8.1.º, §§ 12-13.

(55) *Propedéutica*, I.8.1.º, § 4.

(56) *Filosofía del Derecho*, § 36.

(57) *Propedéutica*, I.8.1.º, § 5.

(58) *Propedéutica*, I.8.1.º, § 19.

(59) *Propedéutica*, I.1.3.º, § 182.

(60) *Filosofía del Derecho*, § 67.

tación del uso (61), aquí también “el uso de mis poderes difiere de mis poderes y, por consiguiente, de mí mismo”, pero esto “sólo en tanto en cuanto [el uso] se restrinja cuantitativamente” (62).

Porque este tipo de enajenación es posible, puede aparecer como figura contractual el arrendamiento de servicios o contrato de trabajo; contrato “de salario” (*Lohnvertrag*) lo llama Hegel, insertando a continuación entre paréntesis la denominación romana, *locatio operae* (63). Este se define como “la enajenación de mi capacidad productiva o mis servicios en la medida en que son enajenables”, esto es, en la medida en que la enajenación “se restringe en el tiempo o de otra forma” (64). En cuanto a la limitación en el tiempo no hay necesidad de insistir más, puesto que éste es para Hegel el punto crucial de la distinción entre arrendamiento de servicios y relación de servidumbre; en cuanto a la limitación “de otra forma”, posiblemente viene al recuerdo de Hegel la que con gran precisión había expuesto en la *Propedéutica*, como se verá en seguida, según la cual la cesión ha de ser limitada en el sentido de que no comprenda “toda la actividad” del cesionario; por lo demás, al explayar el sentido del crucial parágrafo 67 (“puedo enajenar el uso de mis facultades por tiempo limitado..., pero no la totalidad de mi tiempo...”, etcétera) de la *Filosofía del Derecho*, dijo Hegel que lo que en él se exponía era la distinción entre un esclavo y un trabajador moderno; quizá el esclavo ateniense tuviera ocupación más llevadera, pero con todo, “era un esclavo porque tenía enajenada a su amo la totalidad de su actividad” (65).

Del contrato que acaba de ser definido, como contrato que es, no deriva derecho alguno sobre la persona del trabajador; “considerado objetivamente, el derecho que surge de un contrato no es nunca un derecho sobre una persona, sino sólo un derecho sobre algo externo a la persona, o sobre algo que puede enajenar” (66), calidad que ya se ha predicado respecto de los servicios limitados en el tiempo. El pasaje, por cierto, va precedido de una crítica terminológica respecto de los que Kant llamaba *jura personalia*, de los derechos emergidos de un contrato en virtud del cual me obligo a dar o hacer algo: “pero un derecho de este tipo no puede por esta razón llamarse ‘personal’, porque los derechos, cualesquiera que sean, en todo caso son de las personas”, esto es, todos los derechos son personales.

(61) *Filosofía del Derecho*, §§ 60-61.

(62) *Filosofía del Derecho*, § 67.

(63) *Filosofía del Derecho*, § 80; como modalidad de los “contratos de cambio”, dentro de la clasificación general de los contratos que se contiene en este parágrafo. Cuando los servicios prestados no se pueden medir en dinero, “se habla de honorarios, no de salarios”, precisa Hegel. La matización que separaría tan claramente *operarum* de *operis* dentro de las locaciones de servicios no se formula; Hegel está en realidad hablando aquí de la *locatio operarum*.

(64) *Filosofía del Derecho*, § 80.

(65) Ad. 44 a § 67; en la ed. de Gans, que tomo de la de Knox.

(66) *Filosofía del Derecho*, § 40.

Retrocediendo también aquí a la versión anterior de todas estas ideas en Hegel —y quizá aquí aquéllas estén expresadas con precisión y rigor mayores, o con expresiones más felices y breves— yo “puedo enajenar *el uso* determinado de mis facultades espirituales y corporales”, puedo enajenar “solamente un uso *limitado*” (67).

La limitación es ahora doble: no puedo enajenar aquellas facultades “ni en su *totalidad* ni *indefinidamente*”; sólo con estas limitaciones es posible distinguir entre mis facultades mismas inalienables, y su uso alienable. “El uso *ilimitado* [en el tiempo] o en su total extensión [de una facultad] no se distingue de la facultad misma” (68), ni por consiguiente del sujeto mismo. Una pretendida enajenación que violara este doble condicionamiento “sería inválida y nula”, porque reduciría al enajenante “al estado de cosa”, a algo externo, y justamente esto, “considerar la personalidad como algo externo” es lo imposible (69).

En suma, y con la misma insistencia de Hegel: “como el ejercicio total de mis facultades son mis facultades mismas y éstas son mí mismo...; he aquí por qué el hombre no puede enajenar la totalidad de sus facultades: *enajenaría su personalidad*” (70).

* * *

Por supuesto, el tema de la servidumbre y su superación a través de formas de reciprocidad, basadas en el reconocimiento de la personalidad de las que el contrato es realidad ejemplar, puede ser abordado en Hegel en otros niveles y textos, señaladamente en el de la emergencia de la libertad personal, íntima y social, en las páginas fabulosas que a *Señorio y servidumbre* se dedican en la *Fenomenología del Espíritu* (IV,A); asimismo, la elevación del trabajo de los hombres en general, y del que por ellos se presta por cuenta ajena o redundante en beneficio de otro en particular, a realidad social paradigmática, puede también ser estudiado en Hegel en otros pasajes y planos, singularmente en su elaboración sobre los economistas de la “Ilustración” escocesa de la segunda mitad del siglo XVIII, contenida en los manuscritos de la época de Jena. Pero en uno y otro caso la reflexión discurriría por senderos muy otros de los propiamente jurídicos y habría de partir de otro conjunto de antecedentes y premisas (71).

(67) *Propedéutica*, I.8.1.^a, § 14.

(68) Sigue *Propedéutica*, I.8.1.^a, § 14; todas las cursivas de este pasaje y del anterior son de Hegel; es innecesario recalcar la gran importancia del énfasis.

(69) *Propedéutica*, I.8.1.^a, § 13.

(70) *Er würde seine Persönlichkeit veräussern*; más las cursivas (*Propedéutica*, I.8.1.^a, § 14). Aún se añade, en § 13, que mediante “el pacto por el cual [un hombre] se comprometiera a obedecer todas las órdenes de otro, así delictivas como indiferentes... enajenaría su moralidad”, enajenación también nula por las mismas razones.

(71) Remito sobre este tema al cap. II.E, págs. 77 a 88 de mi *Alienación. Historia de una palabra*, cit., y a la bibliografía que allí cito.

El artículo 1.701 del Código civil

(La imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil)

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

SUMARIO: I. *Justificación del tema.*—II. *Primera aproximación al artículo 1.701.*—III. *La opinión de la doctrina.*—IV. *Precedentes Históricos:* 1. Derecho romano.—2. Derecho intermedio.—3. Etapa codificadora.—V. *Recurso al Derecho comparado:* 1. Derecho francés.—2. Derecho italiano.—3. Derecho alemán.—4. Derecho suizo.—5. Derecho portugués.—6. Derecho hispanoamericano.—VI. *Relativo silencio jurisprudencial.*—VII. *Nuestra interpretación.*

I. JUSTIFICACION DEL TEMA

Acometer el comentario de un artículo del Código civil apenas requiere explicación alguna. Su mera presencia en el casi centenario cuerpo legal justifica toda la atención que se le preste.

Sin embargo, en este caso, el interés de nuestro estudio debemos reconocer que es más teórico que práctico. Como en el capítulo correspondiente se hace constar, no hemos encontrado ninguna sentencia que de modo directo afronte y aplique el artículo 1.701. Las razones de esta falta de repercusión práctica del precepto, bien pueden ser las siguientes:

a) En primer lugar, el gran predicamento de que hoy gozan las sociedades de capitales (anónimas y limitadas), incluso para uniones de ámbito cuasifamiliar y de pequeña empresa en las que hubiera sido de esperar un vínculo personalista. Se reduce así el campo de acción de las sociedades civiles y de su normativa legal.

b) En segundo lugar, la causa disolutoria que el artículo 1.701 prevé, requiere el acaecimiento de circunstancias en gran medida infrecuentes: así, para que actúe su primer párrafo es preciso, como hemos de ver, que la aportación prometida por un socio (que, además, no ha de consistir en dinero o en otra cosa fungible) se imposibilite por causa fortuita (rayo, inundación, etc.), precisamente durante el lapso de tiempo que media entre la celebración del contrato y la entrega efectiva de lo acordado; así, para que opere el segundo párrafo, es menester el perecimiento fortuito también

de una inusitada aportación de goce; y, así por último, para que se aplique el artículo, en su totalidad, sería preciso que los socios interesados en disolver la sociedad por incumplimiento sobrevenido de uno de sus proyectados compañeros, no utilicen, si pueden, la más cómoda vía que les ofrece el artículo 1.705 del Código: disolución por voluntad o renuncia de uno de los socios, con lo que se habrán conseguido los mismos resultados que con el artículo 1.701, pero sin tener que probar el perecimiento fortuito.

c) En tercer lugar, también habrá contribuido al escaso juego de nuestro artículo, la poca claridad de su sentido y la falta de un estudio doctrinal que lo despeje.

Inversamente, el interés dogmático del artículo 1.701 es notable porque, aparte de ilustrar sobre la teoría y los tipos de aportación y sobre los motivos de disolución de una sociedad personalista, acoge un criterio para la transmisión de los riesgos, realmente excepcional e idóneo: la entrega de la cosa. Esta solución de corte germanizante de deferir el "periculum" sobre un bien solamente mediante el traspaso de su posesión es un dato de gran interés que hasta ahora no se había tenido en cuenta en el problema de la imposibilidad sobrevenida de una prestación obligatoria.

Además, y pese a lo que decíamos antes, el interés práctico del artículo 1.701 no es ni debe ser absolutamente nulo. A las razones que hemos expuesto en su contra, cabría oponer en su defensa las siguientes:

a) Las sociedades civiles ofrecen, en general, unas posibilidades reales de utilización muy superiores a las que se les reconoce de ordinario: no sólo el campo de los profesionales que se asocian o el de los agricultores que colaboran en un determinado aspecto de su actividad productiva (colaboración hoy preferentemente canalizada a través de la sociedad cooperativa) es el terreno propio de las sociedades civiles; sin entrar en el problema de su delimitación respecto de las sociedades mercantiles (1), cuestión que algún día abordaremos con el debido detenimiento, creemos que hoy por hoy, todas las vinculaciones que se pretendan en el marco de las industrias extractivas (minería, pesca, agricultura), de la construcción (sociedades inmobiliarias y sociedades para construir un edificio), de

(1) "Vide" sobre el debatido problema de la distinción entre sociedades mercantiles y civiles, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales*, separata de la R.G.L. y J., Ed. Reus, Madrid, 1929; GIRÓN TENA, *Sociedades civiles y sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español*, en la misma Revista, 1947, página 7; el mismo, *Sobre los conceptos de sociedades en nuestro Derecho*, en R.D.P., 1954, págs. 369-403; el mismo, *Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos civil y de Comercio y sus relaciones*, en volúmenes del "Centenario de la Ley del Notariado", Sección 3.ª, vol. IV, Madrid, 1963, página 1 a 69; AZURZA, *Problemas de la sociedad civil*, en A.D.C., tomo V, fascículo 1.º, enero-marzo, 1952, pág. 125; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas*, en R.D.M., enero-marzo, 1959, páginas 51-98.

servicios (enseñanza, espectáculos, hospedería, turismo, etc.) pueden legítimamente articularse a través de una sociedad civil (2). Eso sin contar, sus posibilidades como cobertura de tantas formas de comunidad que hoy existen, de uniones sin propósito de lucro (3), de "cartells", de sociedades mercantiles irregulares (4), etc., etc.

La sin duda caduca regulación de las sociedades civiles puede adquirir de esta suerte una importancia insospechada.

b) Tampoco es absolutamente imposible que se den los presupuestos fácticos de que parte el artículo 1.701: los acacimientos fortuitos y desastrosos son cada día menos excepcionales, pues a los tradicionales sucesos naturales: terremoto, inundación, huracán, rayo, etc., se suman hoy otras muchas fuerzas, a menudo incontrolables, desatadas por la actividad humana (energía nuclear, conflictos bélicos y de trabajo, atracos, explosiones de maquinaria, crisis energéticas y económicas, contingencias, prohibiciones y nacionalizaciones imprevistas, etc.).

Tales casos de fuerza mayor bien podrían afectar a los bienes específicos que un socio se hubiera comprometido a aportar, máxime si su desembolso o entrega no es inmediato ni total, sino que puede diferirse en el tiempo, según las necesidades de la sociedad.

El que sea más fácil acudir al motivo disolutorio constituido por la denuncia unilateral del contrato, tampoco representaría impedimento, si, como sería de desear, ese motivo es sustituido por el simple apartamiento justificado del socio que no desee motivadamente continuar (sin necesidad de disolver toda la sociedad). Bien entendido que, tal y como en su lugar se expone, también postulamos "de iure condendo" que la disolución de que habla el artículo 1.701 sea una disolución parcial exclusivamente.

c) Finalmente, el obstáculo representado por la falta de un estudio que aclare los pormenores de nuestro artículo, es el que modestamente y en la medida de nuestras fuerzas pretendemos obviar.

II. PRIMERA APROXIMACION AL ARTICULO 1.701

El artículo 1.701 del Código civil establece:

"Cuando la cosa específica, que un socio había prometido aportar a la sociedad, perece antes de efectuada la entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad.

(2) Molde que ofrece, a veces, unas "ventajas" que no encierra la también posible forma anónima o limitada: v. gr., su escasa publicidad hace más difícil la aplicación efectiva del gravoso impuesto de sociedades.

(3) Para algunas posibles aplicaciones nuevas de la sociedad civil, sobre la base de una progresiva interpretación del término "ganancias" del art. 1.665 del C. c., véase el reciente trabajo de GARRIDO PALMA, Víctor Manuel, *Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil*, en R.D.P., septiembre 1972, páginas 759 y sigs.

(4) Es conocida la no muy acertada tesis jurisprudencial que considera civiles las sociedades mercantiles irregulares. Cf. Ss. de 5-VII-1940, 26-VI-1959, 3-III-1960, 26-I-1967, etc.

También se disuelve la sociedad en todo caso por la pérdida de la cosa, cuando, reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma.

Pero no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella" (5).

Como puede verse, este precepto parece recoger una causa de disolución de la sociedad: la motivada por el "perecimiento" o "pérdida" de la cosa que un socio aporta al acervo común. A primera vista, tal disolución tiene lugar si la pérdida afecta a una aportación a título de propiedad, que había sido prometida, pero no entregada (primer párrafo) o a una aportación a título de "goce" (6),

(5) Se cita, como los demás preceptos recogidos en este trabajo, de acuerdo con la edición crítica de Jerónimo López López y Carlos Melón Infante, Ed. Inst. Nac. Est. Jur., Madrid, 1967.

(6) Denominamos abreviadamente aportación "a título de goce" a la contemplada en el párrafo 2.º del art. 1.701 en que "reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma". (Cfr., también, art. 1.687, "aportación para que sólo sean comunes su uso y sus frutos".) Con tal denominación, "aportación de goce", no se prejuzga el carácter real o personal del derecho limitado que se aporta. Sabido es, en efecto, que las aportaciones de bienes pueden entrañar el traspaso del dominio a la sociedad (aportaciones "quoad sortem") o simplemente pueden suponer una transmisión del goce sobre la cosa (aportaciones "quoad usum"), si bien los alemanes designan a la aportación en propiedad, aportación "quoad dominium", a la de un derecho real "quoad sortem", y a la de un derecho personal "quoad usum". Estas últimas pueden surgir bien porque el socio propietario de la cosa a aportar *constituye* sobre ella un derecho limitado de goce a favor de la sociedad, o bien porque el socio *transfiere* al fondo social el solo derecho limitado sobre la cosa que él detenta. Este derecho limitado, puede ser, ya un derecho real de usufructo, ya un simple derecho personal, muy semejante, aunque no igual, al arrendaticio. El que se aporte un derecho real o un derecho personal (sin perjuicio de lo discutido de la distinción), tiene trascendencia en orden a los requisitos para su adquisición por la sociedad (cf. arts. 609 y 1.095 del Código civil), o en orden a la amplitud y eficacia "erga omnes" de la titularidad recibida por aquélla, pero a diferencia de lo que acontece en algunos ordenamientos extranjeros, como el italiano (vide infra el capítulo referente al Derecho comparado), creemos que es intrascendente por lo que a nuestro artículo se refiere: el art. 1.701 se aplicará igual a bienes aportados usufructuariamente que a bienes transferidos o título de mero derecho personal. Por todo lo dicho, creemos justificado el empleo de la amplia y aséptica designación "aportaciones de goce". Consideraciones muy acertadas sobre el título de las aportaciones pueden verse en CASTÁN, *Derecho civil español, común y Foral*, t. IV, Madrid, Ed. Reus, 9.ª ed., págs. 525-526, y en la continuación que este ilustre maestro llevó a cabo de los *Comentarios de Mucius Scaevola al Código civil*, t. XXV, vol. 1.º, Madrid, Ed. Reus, 1933, págs. 395 y siguientes. Respecto a la práctica equiparación de la aportación "a título de derecho personal de un inmueble, con su arrendamiento", vid. LÓPEZ JACOIS-TE José Javier, *El arrendamiento como aportación del socio*, Ed. Rialp, 2.ª edición, Navarra, 1963, obra por otra parte que en sus páginas 21 a 81 encuentra la acertada síntesis de la polémica que sobre el efecto transmisivo, o simplemente modificativo, de la aportación a sociedad, sostuvieron, de una parte, ROCA SATRE, Ramón María, *Naturaleza jurídica de la aportación social*, en R.G.L y J., abril 1946, págs. 413 a 457, y, de otra, MARTÍNEZ ALMEIDA, Alfonso, *Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad*, en A.A.M.N., 1950, páginas 222 y sigs.

sin distinción del momento en que se encuentra al perecer (segundo párrafo).

En cambio, parece que no se disuelve la sociedad, si la cosa prometida dominicalmente ha sido ya entregada, porque aunque el párrafo tercero no habla de “entrega”, sino sólo de que “la sociedad ha adquirido la propiedad de ella”, sabemos que para transferir el dominio, nuestro derecho (cf. arts. 609 y 1.905) exige el traspaso traditorio (7).

A la vista de su lectura, no nos cabe duda que la justificación de este precepto y de sus soluciones no aparece demasiado claro. Apenas entrevisto su contenido son ya muchos los interrogantes que se suscitan, muchas las cuestiones que se plantean. Véanse si no las preguntas que, a mero título ejemplificativo, cabe formular:

¿Por qué la pérdida o destrucción de la cosa específica prometida a la sociedad, origina la disolución de ésta si puede haber otras aportaciones de otros socios que permitan el normal funcionamiento de la sociedad proyectada?

¿Por qué es la “entrega” de la cosa prometida el criterio decisivo para determinar la subsistencia o no de la sociedad, cuando, si pensamos que la aportación es una obligación de dar que tiene como deudor al socio y acreedor a la sociedad, debería aplicarse la regla general del “casus sentit creditor”, consagrada en los artículos 1.182 y siguientes del Código civil y, por consiguiente, desde la perfección del contrato y no desde la entrega, la sociedad debería, sin disolverse, soportar el “periculum”?

¿Por qué es diferente en orden a la disolución por pérdida de la cosa, el que se trate de una aportación a título de propiedad o el que se trate de una aportación a título de goce (ya que la imposibilidad de éstas, al parecer, *háyase o no verificado la entrega*, disuelve el vínculo social, cosa que sólo tiene lugar en las aportaciones dominicales, *si la entrega no se ha realizado todavía*)?

¿Es el artículo 1.701 desarrollo del artículo 1.700, número 2, proposición primera: “cuando se pierde la cosa...”?

La primera tarea en orden a despejar éstas y otras dudas, debe ser consultar lo que la doctrina ha dicho al respecto.

(7) Sin embargo, para una cierta doctrina, hoy ya abandonada, la propiedad de las cosas aportadas a sociedad se transfería por el simple consentimiento, sin necesidad de que interviniera la “traditio” en ninguna de sus variedades. Este modo de pensar, con precedentes en el torturante pasaje del “continuo communicantur” (D. XVII, II, 1, 1), evidentemente influido por la doctrina francesa, y sustentado funambulescamente en que, según el artículo 1.679, “la sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa”, no alcanza a distinguir el aspecto consensual de la sociedad, que es el que se despliega de inmediato, nada más perfeccionarse el contrato, y el aspecto real que, conforme a la norma general del art. 609, exige la “tradición”. Cf., para la errónea doctrina MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, segunda ed., Madrid, 1911, págs. 317 y sigs., y *passim*; PONSÁ Y GIL, J., *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros*, 2.^a ed., t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1923, págs. 69 y 73 y sigs.

III. LA OPINION DE LA DOCTRINA

El artículo 1.701, que sepamos, no ha merecido ningún tratamiento monográfico; los manuales y tratados, le dedican escasos párrafos, y hasta alguna página llegan a consagrarle los Comentarios al Código. También una obra general sobre los riesgos en materia contractual le ha prestado algún interés (8), pero, con todo, bien podemos afirmar que el precepto ha suscitado escasa o nula preocupación entre nuestros autores pátrios. De la parca doctrina existente vamos a entresacar, sin embargo, las directrices y opiniones de mayor relieve, a fin de ofrecer una visión compendiada y panorámica de cuanto hasta ahora se ha dicho en punto a nuestro artículo.

En primer lugar hay que significar que los autores suelen ocuparse del artículo 1.701, al comentar las causas de extinción de la sociedad (9) y sólo algunos consideran sede preferente la de los riesgos de la aportación, dentro del capítulo dedicado a las obligaciones de los socios y la sociedad (10). Esta doble ubicación sistemática es consecuente con las dos facetas que presenta el artículo, el cual por un lado consagra un motivo de disolución (y de ahí que el Código lo sitúe entre los "modos de extinguirse la sociedad"), y, por otro, parece implicar un problema de "periculum" afectante a la obligación de aportar. Por esta bifrontalidad del precepto, creemos que nada hay que oponer a la doble sede doctrinal, pues ambos lugares son apropiados para abordar su contenido.

En segundo lugar, se advierte en la doctrina una generalizada

(8) Nos referimos a la completa obra de SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor, los riesgos en la contratación*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965, en la que, tras una teoría general sobre la imposibilidad sobrevenida, se pasa revista a las consecuencias que el caso fortuito o la fuerza mayor originan en los principales tipos contractuales, dedicando las páginas 285 a 292 al problema de los riesgos en el contrato de sociedad.

(9) Así, por ejemplo, CASTÁN, *op. cit.*, pág. 564-565, que lo engloba dentro de las que él llama "causas objetivas" de extinción de la sociedad, lo mismo que PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 429. Vide, también, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Ed. Rev. Dr. Priv., Madrid, 1970, págs. 589-90; DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho civil español*, edición revisada por Cossío y Gullón, t. II, Madrid, 1959, págs. 176-177; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Curso de Derecho civil, contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, págs. 352-353; PUIG PEÑA, partiendo de la tripartición de las causas extintivas, en causas afectantes al elemento personal, causas afectantes al patrimonio y causas afectantes al fin social, incluye el art. 1.701, dentro de las segundas *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, Contratos, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972, páginas 316 y sigs.

(10) Esa perspectiva es la que adopta, por ejemplo, SOTO NIETO *obra citada*, págs. 285 y sigs., para quien el artículo resuelve, ante todo, un problema de riesgos en la portación, sin perjuicio de que en ocasiones prescriba la disolución social. Incluso PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 418, y ESPÍN, *obra citada*, pág. 583, le dedican similar espacio dentro de las causas de extinción como dentro de la obligación de aportar.

creencia de que el artículo 1.701 es desarrollo y complemento del artículo 1.700, número 2; algunos autores lo afirman paladinamente (11) y otros lo dejan inducir de ciertas expresiones o frases o de su tratamiento conjunto (12).

No falta quien, al modo de Castán, considera el artículo 1.701 como una subespecie del 1.700, número 2; este artículo —parece decir—, recoge la regla general de que la “pérdida de la cosa” extingue la sociedad y aquél atiende al caso particular de que la tal pérdida sea *parcial* en el sentido de que se limita a alguno de los bienes que forman o iban a formar parte del patrimonio común (13).

Al desentrañar la conformación histórica de ambos preceptos, veremos cómo su relación es puramente circunstancial y en modo alguno se ha situado el artículo 1.701 como un desarrollo de la causa 2.ª del artículo 1.700.

Por ahora, simplemente baste destacar, como inadvertido residuo de su dispar génesis, el hecho de que el orden seguido en el artículo 1.700 al enumerar las causas de disolución no es respetado luego por los artículos que las complementan. En efecto, al desarrollo de la causa primera (expiración del término), consagra el Código los artículos 1.702 y 1.703, a la tercera (muerte, etc.) el artículo 1.704 y a la cuarta (renuncia) los artículos 1.705 a 1.707, en tanto que a la causa segunda dedicaría, según los autores, el artículo 1.701, cuando lógicamente debiera haberle reservado un precepto situado a continuación del 1.703. Ello prueba la desconexión clara entre el artículo 1.700, número 2 y el 1.701, que, como decíamos, evidenciaremos mejor en la parte histórica.

(11) BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, en su continuación de los comentarios al *Código civil de Mucius Scaevola*, t. XXV, vol. 2.º, Ed. Reus, Madrid, 1948, página 159, inicia la glosa del artículo 1.701, diciendo que “el contenido de este precepto se enlaza, como desarrollo de él, con el núm. 2.º del artículo 1.700...”

(12) MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, Madrid, 1905, pág. 393, considera que a la vista del art. 1.701 “no deben entenderse tan absolutos los términos del núm. 2.º del art. 1.700 que, en todo caso, sea causa de extinción de la sociedad la pérdida de la cosa objeto de la misma...”; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas, y ALGUER, José, en sus anotaciones al *Tratado de Derecho civil*, de Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1935, pág. 417, nada más afirmar que “la sociedad se extingue cuando se pierde la cosa o se termina el negocio que le sirve de objeto” (art. 1.700, núm. 2), prosiguen a renglón seguido: “Respecto a la pérdida de la cosa se ha de tener presente el art. 1.701...” Parecida conexión de los dos preceptos hacen GULLÓN BALLESTEROS, *obra citada*, pág. 352, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, 429, ESPÍN, *op. cit.*, pág. 598, etc.

(13) *Op. cit.*, pág. 564 en que dice:

“El núm. 2.º del art. 1.700 considera, en términos generales, la pérdida de la cosa objeto de sociedad como motivo de la extinción de la misma. Pero hay que distinguir según que esa pérdida sea total o parcial.

Si es total, por comprender todo el fondo común de aportación, no cabe duda que producirá la disolución de la sociedad, por dejar a ésta sin objeto.

Si la pérdida es parcial, limitándose a algunos de los bienes o derechos que forman parte del patrimonio social, no producirá siempre el mismo resultado, pues hay que estar a la doctrina del art. 1.701, que establece...” Más claramente aún, sigue ese esquema PUIG PEÑA, *op. cit.*, págs. 319-320.

Prescindiendo de otras consideraciones sistemáticas veamos ya lo que nos dicen los autores sobre el contenido de cada uno de los tres párrafos del artículo 1.701.

Respecto a su párrafo primero la doctrina discrepa así en su interpretación, como en su fundamento.

Referente a su interpretación no se muestran concordes los tratadistas, porque, si bien todos reconocen que, cumplida la hipótesis prevista en el citado párrafo, la sociedad se disuelve, los hay que conceden al socio afectado por la pérdida un derecho a una cuota en la liquidación que a raíz de la disolución habrá de practicarse, y los hay que le niegan tal participación. En otros términos, unos autores creen que el párrafo inicial del artículo 1.701 está suponiendo la aplicación del principio "periculum est domino" y otros opinan que en él debe operar en cambio, el principio "periculum est creditoris" o "casus sentit creditor".

En efecto, en esa primera parte del artículo 1.701 se contempla, como dejamos dicho, una obligación de aportar cosa específica que aún no ha tenido efectividad, puesto que la cosa no se ha entregado y cuyo cumplimiento se imposibilita por perecimiento de su objeto. Nos hallamos, por consiguiente, ante una obligación de dar que deviene sobrevenidamente imposible. Pues bien, en tal contingencia, Soto Nieto (14) y, más condicionalmente, Puig Brutau (15) consi-

(14) Ob. cit., pág. 286, en la que cuestionándose quién corre con los riesgos de las cosas prometidas por el socio, después de perfeccionado el contrato de sociedad y antes de su aportación, y tras subrayar la similitud entre la obligación de aportar y la de entregar una cosa vendida, afirma que la solución del problema la ofrecerán los artículos 1.452, 1.096 y 1.182, "a tenor de los cuales habrá que concluir que los riesgos de la cosa específica y determinada corren a cargo de la sociedad desde la perfección del contrato... cobrando plena vigencia "casus sentit creditor". Principio que no operará —añade— si el socio ha incurrido en mora en la ejecución de la entrega de la cosa, y del que cabe apuntar dos notables excepciones: 1.ª, "si las cosas ofrecidas por el socio no lo eran en propiedad, sino tan sólo para uso y disfrute por la sociedad, según se deduce del art. 1.687, párrafo 1.º, 2.ª, cuando se trate de cosas genéricas o indeterminadas, "genus numquam perit", todo ello en tanto no se hayan individualizado o concretado los objetos a entregar, ya que, a partir de ese momento, puede decirse que la aportación social ha devenido específica". Congruentemente con esta premisa concluye SOTO: "...corriendo la sociedad con el riesgo sobreviniente de la pérdida, supondrá ello que, existiendo un cierto capital social formado por otras aportaciones, el socio deudor de esa cosa perdida tendrá una cuota en dicho fondo por el valor de la aportación que no ha podido entregar".

(15) Ob. cit., pág. 418. Decimos que más condicionalmente, porque al preguntarse ¿qué sucede cuando se ha perfeccionado el contrato de sociedad y uno de los contratantes ha quedado deudor de una cosa, perece o sufre grave quebranto antes de ser transmitida a la sociedad?, y responder que en ese supuesto el art. 1.701, párrafo 1.º, prescribe la disolución de la sociedad, añade: "este precepto parece terminante y no lo es, pues cabe preguntar si, existiendo ya capital social formado por otras aportaciones; el socio deudor de cosa perdida de manera fortuita tendrá una cuota en dicho fondo por el valor de la aportación que no ha podido entregar. Nos interesa subrayar que sólo en el caso de que esto sea contestado negativamente (como parece lo más probable), podrá afirmarse que el riesgo afecta al deudor". De donde

deran que, conforme a la regla general para esta clase de obligaciones, contenida en los artículos 1.182 y siguientes y conforme también a lo que acontece en el más prototípico contrato traslativo, la compraventa (art. 1.452) (16), el riesgo debe soportarlo el acreedor de la prestación, o sea la sociedad, en atención a lo cual el socio afectado por la pérdida tendrá derecho a disfrutar de una cuota en la liquidación de la incipiente sociedad, cuya disolución total aceptan dichos autores.

En cambio otra parte de la doctrina, da por descontado que mientras no medie la entrega, el socio sigue siendo propietario de la cosa prometida y, conforme al principio "periculum est domino" (17) a él debe achacársele su pérdida (18). Este grupo de autores no se

se deduce que Puig Brutau condiciona, no muy fundadamente, la aplicación del principio "causam sentit creditor" al hecho de que se hayan verificado o no las demás aportaciones. No se nos alcanza en qué puede basarse para opinar de ese modo.

(16) Sobre el riesgo en el contrato de compraventa, véase últimamente la exhaustiva obra, con ese título, de ALONSO PÉREZ, Mariano, Ed. Montecorvo, Madrid, 1972, que dispensa de efectuar cualquier otra cita, pues en dicho libro se agota prácticamente toda la bibliografía patria y foránea sobre la cuestión. Con todo, no compartimos las excelencias que el autor canta al principio "res perit emptori" del 1.452, C. c., pese a su indiscutible vigencia.

(17) Resulta inusitado aducir este principio en el problema que estamos estudiando, porque, como ha puesto de relieve ALONSO PÉREZ, siguiendo a Wachter, *op. cit.*, págs. 245 y sigs., la máxima "casus sentit dominus" o "res perit domino" fue elaborada por los intérpretes del Derecho común, como reacción frente a las enseñanzas del antiguo Derecho germánico, que ponía la pérdida fortuita de la cosa a cargo de quienes obtenían del contrato alguna ventaja patrimonial: comodatario, depositario, acreedor pignoraticio, etc. Es, pues, un brocardo que se aplica a los contratos en que una de las partes se reserva la propiedad de la cosa y transfiere tan sólo su posesión, por el motivo que sea (arrendamiento —cf. nuestro art. 1.568—, comodato —cf. artículos 1.744 a 1.746—, depósito —cf. art. 1.766—, etc.) y únicamente se ha extendido a los contratos traslativos de la propiedad, en especial a la compraventa para justificar el que la cosa perezca para el comprador en los ordenamientos en que el dominio se transmite por el mero consentimiento. El principio "res perit domino", por tanto, hasta ahora sólo se había empleado para imponer al arrendador, p. ej.: el "periculum" de la cosa arrendada o al comprador francés o italiano el de la cosa vendida, pero no para atribuírselo al vendedor que aún no ha entregado la posesión o al socio que todavía no se ha desprendido de su aportación.

(18) Así, para ESPÍN, *op. cit.*, pág. 583, el riesgo de la aportación de cosa específica "es del dueño de la cosa", o sea, del socio que promete la entrega, aplicando la regla "res perit domino". Reconoce que el Código, "no dice directamente que la cosa perece para el socio, pero a esta conclusión hay que llegar por aplicación de la regla indicada (la de "res perit domino") y por el sentido de contraposición con otros preceptos" (art. 1.687). Tanto más extraña resulta esta conclusión de Espín, cuanto que afirma que, en cambio, los frutos pertenecen al acreedor, o sea, a la sociedad, "desde que nace la obligación de la entrega (art. 1.095), con lo que rompe el tradicional equilibrio reflejado en la máxima "cuius est commodum eius est incommodum". MANRESA, *op. cit.*, pág. 391, razona que "como el socio conserva la propiedad de la cosa que ha de aportar a la sociedad hasta el momento de su aportación... es indudable que conforme al principio antes indicado (el de que las cosas perecen para su dueño), ha de perecer para él cuando la pérdida tenga lugar antes de su entrega". Otros autores, como CASTÁN, *op. cit.*, pág. 564, BATLLE, *op. cit.*, pág. 161, o DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 176, aunque no afirman

percata de la contradicción que se daría entre el artículo 1.701, así interpretado, y la solución adoptada, con carácter general, para todas las obligaciones de dar, por los artículos 1.182 y siguientes.

Hay todavía una tercera postura interpretativa que, a diferencia de las dos expuestas, elude tomar partido sobre la atribución de los riesgos. Para esta tendencia sugerida por De Buen (19), a quien sigue Gullón (20) y desenvuelta más acabadamente por los anotadores de Enneccerus (21), el artículo 1.701, párrafo primero, hay que in-

expresamente que el socio aportante soporta la pérdida por aplicación del principio "res perit domino", parecen sobreentenderlo al aseverar que el socio ha incumplido su obligación de aportar y es este incumplimiento el que justifica la disolución. Si en el supuesto del párrafo inicial del art. 1.701 no se considera que el socio ha satisfecho su obligación, es porque se está presuponendo que sobre él inciden las consecuencias desfavorables de la imposibilidad sobrevenida.

(19) DEMÓFILO DE BUEN, en sus notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de AMBROSIO COLIN y H. CAPITANT, t. IV, Ed. Reus, Madrid, 1925, página 491, comentaba la 2.^a causa extintiva del art. 1.700, en los siguientes términos: "Por lo que respecta a la pérdida de la cosa, habrá de ser total; sólo bastará la pérdida parcial, cuando en virtud de ella no pueda ya la sociedad realizar debidamente sus fines", lo que le mueve luego a interpretar el párrafo inicial del art. 1.701, diciendo que "al emplear en ese artículo el Código civil, la expresión "cosa específica" quiere expresar, sin duda, la idea de que se trata de una cosa *insustituible*, pues en el caso de poder ser sustituidas no vemos por qué habrá de disolverse la sociedad, si el socio propietario se conformaba con hacer la sustitución. De este último inciso parece desprenderse que para De Buen antes de la entrega "periculum est socio"; por otra parte más afortunada, que "insustituible" hubiera sido la expresión "esencial" o "decisiva" para interpretar el adjetivo "específica" empleado por nuestro artículo, porque, aparte de que específico quiere decir insustituible en el acuerdo de las partes (opuesto a obligarse genéricamente), podría ocurrir que, aun siendo objetivamente sustituible la cosa perceda, resulte muy gravoso agenciarse otra.

(20) *Op. cit.*, pág. 353.

(21) *Op. cit.*, pág. 418. Es interesante reproducir las agudas observaciones que hacen sobre el art. 1.701: "Las reglas de este precepto —dicen— no tienen un fundamento seguro. Es mucho más técnico del C. c. alemán (§ 726) cuando subordina la extinción a la consecución del fin o a la imposibilidad de la misma. En cambio, hacer depender la disolución de la sociedad de la pérdida de lo que se promete aportar, sin distinguir la importancia que tenga tal aportación para el fin social y dar un trato diferente a la pérdida, según que tenga lugar antes o después de la transferencia de la propiedad a la sociedad, puede llevar a graves inconvenientes, en contraste notorio con la voluntad y el interés de las partes. Ninguna razón hay para que la pérdida de una cosa disuelva la sociedad, si ello no ha de afectar en modo alguno a la consecución del fin de la misma. En cambio, es absurdo mantener en pie la sociedad si la cosa se pierde después de ser propietaria de lo aportado si con ello el fin es irrealizable. Respecto a este último extremo, entendemos que la disolución se producirá cuando la pérdida implique la terminación del negocio (cf. núm. 2.º del art. 1.700), pues terminación del negocio, rectamente entendida, es expresión que hace referencia lo mismo a su consecución y éxito que a su fracaso definitivo, por imposibilidad o por otras razones. Si se constituye una sociedad para explotar, por ejemplo, un teatro y, habiéndose transferido la propiedad de éste a la sociedad, se destruye por un incendio sin estar asegurado, no tiene sentido decir que la sociedad ha de continuar. Por otro lado, no toda pérdida material supone la pérdida económica de la cosa, en cuyo lugar pueden subrogarse las indemnizaciones, procedentes de culpa de tercero o de contrato de

interpretarlo en el sentido de que sólo si la cosa periclitada es *esencial* ("insustituible", decía De Buen), es decir, sólo si su pérdida frustra el fin del contrato, según los anotadores, procederá decretar la disolución del vínculo social. El artículo 1.701, párrafo primero no estaría entonces dilucidando un problema de riesgos, sino tan sólo afirmando que si la aportación prometida y fortuitamente desaparecida era tan decisiva que pudiera decirse que los socios se vincularon impulsados por su esperada presencia, la sociedad debe razonablemente disolverse.

Esta corriente destaca un aspecto muy interesante, cual es el de la conexión que debe mediar entre la extinción de la sociedad y la frustración de su fin (22) o, quizá mejor, la desaparición de su base negocial (23). Pero tropieza con que el Código, literalmente entendido no parece estar atendiendo a dicha frustración para decretar la disolución, sino al criterio menos acertado de si se ha verificado o no la entrega de la cosa prometida. Dicho de otro modo, si aceptáramos la tesis expuesta, ¿qué sentido tendría efectuar las distinciones que formula nuestro artículo, si en definitiva, trátase de cosa específica o genérica, de cosa entregada o sin entregar, de aportación en propiedad o en goce, la sociedad ha de extinguirse en función de la subsistencia o no de su fin? Bien se percatan de ello los traductores de Enneccerus cuando tan acerbamente critican el precepto y sólo soslayando su letra le encuentran explicación y sentido.

La triple discrepancia interpretativa que queda expuesta en torno al párrafo primero del artículo 1.701, se traduce en una doble actitud en cuanto a su fundamentación.

Soto Nieto y Puig Brutau que conceden al socio una cuota, sí,

seguro. Y esto lo mismo cuando se trata de cosa propia de la sociedad que de cosa simplemente prometida (cf. art. 1.186). En síntesis, pues, para que cobre pleno sentido el precepto del art. 1.701 en relación con el 1.700, número 2, *debe entenderse que la disolución o no de la sociedad depende de la imposibilidad o no de conseguir el fin*".

(22) Sobre la frustración del fin del contrato, contamos con la excelente obra así titulada, de ESPERT SANZ, Vicente, editada por Tecnos, Madrid, 1968, con prólogo de LUIS DÍEZ PICAZO; en la misma se llega a la conclusión, tras detenido examen de casos y jurisprudencia que fin del contrato es el "propósito práctico y básico a que la parte acreedora de la prestación más específica, menos fungible, va a aplicar dicha prestación, cuando el propósito es conocido y aceptado por la otra parte o, por lo menos, no rechazado". Aunque con dificultad, cabría incluir en ese concepto el propósito que llevaría a los demás socios a verificar sus aportaciones en función de la periclitada (v. gr., una patente con que explotar el objeto principal de la sociedad). Si, continuando con el ejemplo, la patente no se puede aportar, porque, v. gr., es anulada o tecnológicamente superada, podría decirse que las demás aportaciones, metálico, utillaje, locales, etc., han perdido su sentido y la sociedad, carente de fin, debe disolverse.

(23) En todo caso, el periclitamiento de la aportación esencial sí constituirá claramente un supuesto de desaparición de la base negocial, de la que, a nuestro juicio, la frustración del fin del contrato no constituye sino una subespecie más perfilada. Vide. KARL LARENZ, *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1956, tr. de Fernández Rodríguez, Carlos.

pero en una sociedad disuelta, consideran injustificada y carente de sentido la disolución impuesta indiscriminadamente por pérdida de una aportación, "sin atender —dice Soto Nieto— a la mayor o menor importancia que la cosa pueda tener, a su posible sustitución por otra similar, a la existencia o no de un seguro... a la indemnización que pueda corresponder al socio" (24).

Pérez González y Alguer, por no muy diferente motivo (en definitiva, por obstaculizar la literalidad del artículo su salvadora interpretación), también lo someten a severa crítica, haciendo frente común con los dos autores citados (25).

En cambio, la línea doctrinal que considera inspirado el párrafo inicial en el brocardo "periculum est socio" encuentra plenamente lógico su dictado disolutorio, porque el socio que se ve imposibilitado de entregar lo prometido incumple su obligación cardinal, cual es la de aportar, y sabido resulta que "es de esencia de toda sociedad que cada socio aporte algo" (26).

Por lo que hace al párrafo segundo del artículo 1.701, que impone la disolución de la sociedad "en todo caso" si la aportación de goce se imposibilita, las observaciones de la doctrina en torno a él son escasas y poco esclarecedoras.

Por un lado, algunos autores han intentado un esbozo de explicación que tras su aparente fundamento no esconde ninguna razón válida.

Así De Diego (27), seguido por Espín (28) y, dubitativamente, por Castán (29) aventuró como justificación que el goce es sucesivo por naturaleza, y siendo la cosa específica y no pudiendo substituirse por otra semejante, la sociedad queda sin objeto (que es el goce de la cosa en cuestión) y, por tanto, se disuelve".

Manresa se expresa en términos similares: "la sociedad no puede tampoco subsistir porque limitado el objeto con que fue puesta en común dicha cosa al aprovechamiento de sus frutos y utilidades o al uso de ella, no es posible que produzca ya tal efecto ésta por haber perecido" (30).

Batlle, más concisamente (31), funda este párrafo en que "se

(24) *Ob. cit.*, pág. 287-288.

(25) Véase nota 14. También Puig Peña encuentra censurable el artículo 1.701, 1.º, *op. cit.*, pág. 320.

(26) La frase entrecomillada es de DE DIEGO, *op. cit.*, pág. 176; éste, como los demás autores de esta tendencia utilizan en el fondo el siguiente silogismo, para fundamentar el art. 1.701, 1.º: todo socio debe aportar algo, so pena de disolución de la sociedad, es así que un socio no puede aportar por causa a él imputable ("periculum est socio"), luego la sociedad debe disolverse. Como expondremos en su lugar oportuno, es sobre la premisa mayor sobre la que mantenemos algunas reservas.

(27) *Ob. cit.*, págs. 176-177.

(28) *Ob. cit.*, pág. 590, nota erróneamente numerada como (24 a).

(29) *Ob. cit.*, pág. 565.

(30) *Ob. cit.*, pág. 393. A diferencia de De Diego, y aunque el detalle carezca de importancia, para Manresa es indiferente que la cosa aportada en goce sea específica o no.

(31) *Ob. cit.*, pág. 161.

hace imposible el goce" y Puig Brutau y De Buen se limitan a reproducirlo sin comentario alguno.

Fácil resulta advertir que la argumentación de De Diego parte de la equivocada base de considerar el goce de la cosa como objeto único de la sociedad, extremo que no se infiere de la dicción del precepto, y que Manresa y Batlle incurren, al razonar, en manifiesta petición de principio.

Por otro lado, Soto Nieto, secundado por Gullón (32) y Puig Peña (32 bis), censuran el criterio radical del Código que no atiende "a la mayor o menor importancia que el objeto perecido tuviese, ni al grado de afección que su desaparición suponga para el logro de los fines sociales" (33). Pero tampoco esta actitud crítica resuelve nada, al menos "de iure condito".

Por último, para concluir esta panorámica doctrinal digamos que al menos el párrafo tercero del artículo 1.701, es reputado pacíficamente, como un supuesto de aplicación de la regla "periculum est domino". Todos los tratadistas opinan que si la sociedad no se disuelve, después de haber adquirido la propiedad de la cosa perecida, es porque ella, como propietaria, soporta el riesgo que pueda afectar a sus bienes (34).

No obstante, no falta quien se cuida de puntualizar que este último apartado "debe interpretarse en el sentido de que la no disolución de la sociedad sólo podrá darse cuando sea posible terminar el negocio" (35), consideración obvia en la que insisten los anotadores cuando afirman que "es absurdo mantener en pie la sociedad si la cosa se pierde después de ser propietaria de lo aportado si con ello el fin es irrealizable" (36).

Aparte las consideraciones de acuerdo o desacuerdo que nos ha ido suscitando el anterior recorrido doctrinal, creemos que la exactitud y justeza de las distintas opiniones expuestas sólo podrá calibrarse bien, merced a una investigación de los antecedentes históricos de nuestro precepto.

IV. PRECEDENTES HISTORICOS

1. DERECHO ROMANO

Marginando, por mal conocidos, los precedentes que, a nuestro propósito pudieran ofrecer otros ordenamientos primitivos (37), nues-

(32) *Ob. cit.*, pág. 453.

(32 bis) *Ob. cit.*, pág. 320.

(33) *Ob. cit.*, págs. 289-290.

(34) Prueba inequívoca de su personalidad jurídica, que ya se daba en el ordenamiento francés, de donde veremos que procede el art. 1.701, y donde, sin embargo, el reconocimiento jurisprudencial de la personalidad jurídica de las sociedades civiles fue muy posterior.

(35) DE BUEN, *ob. cit.*, pág. 492; PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 320.

(36) *Ob. cit.*, pág. 418.

(37) Noticias sobre la sociedad entre los babilonios, hebreos, egipcios

tra investigación debe iniciarse una vez más y en punto a sociedades civiles, con toda justificación (38), por el Derecho romano.

Remitiéndose a la más cualificada romanística para tratamientos más generales (39) nuestra tarea se inicia, sin otros preámbulos, con

y otros pueblos de la antigüedad nos las suministran Copper Royer y sus hijos Eddy, Jacques y Jean Copper Royer en su *Traité des Sociétés*, t. I, Sirey, París, 1938, págs. 7 a 30. Pero si casi toda la materia societaria en tales ordenamientos se reduce a conjeturas porque, v. gr., hasta los correspondientes artículos del Código de Hammurabi son ilegibles, se comprende la inutilidad de rastrear en ellos un problema tan específico como el de la disolución de la sociedad, por perecimiento de una aportación. Vide, también, SCHLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grece et à Rome*, París, 1947.

(38) Porque esta figura es una de las que con menos alteraciones ha llegado hasta nosotros tal cual la cincelaron los juristas romanos. RIBADEAU DUMAS, Henri, *Législation et jurisprudence concernant les sociétés civiles, leurs rapports avec les sociétés commerciales et les associations*, Ed. Marchal & Godde Successeurs, París, 1913, págs. 9 y 10 dice refiriéndose al pertinente articulado del Código de Napoleón, patrón sobre el que se cortaron nuestros artículos 1.665 a 1.708: "conviene constatar, sin que sea preciso insistir, que la sociedad civil, tal como está reglamentada por el Código es la sociedad que nos viene de la tradición. Sus principios han sido transmitidos a los redactores por los juristas del antiguo Derecho que, a su vez, los han extraído del Derecho romano; POTHIER apoya casi todas sus decisiones sobre los textos de los jurisconsultos romanos. La confrontación de los textos antiguos y los del Código civil permito decir, abstracción hecha de algunas diferencias, que la sociedad del Código es la reproducción fiel de la sociedad romana", y CASTÁN, al pregonar la evolución histórica de las sociedades civiles, afirma: "Durante toda la Edad Media y primeros siglos de la Moderna, aflorecieron, en materia de sociedad, los principios del Derecho romano. Quizá en ninguna otra institución se mantuvieron estos principios tan puros como en la sociedad civil"; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Comentarios al Código civil de Quintus Mucius Scaevola*, por él continuado con la cooperación de Manuel Batlle Vázquez y Francisco Bonet Ramón, tomo XXV, vol. 1.º, Ed. Reus, Madrid, 1933, pág. 315.

(39) Sobre el origen de la sociedad en Roma, contamos en castellano con el magnífico artículo de ARIAS RAMOS, José, *Los orígenes del contrato de sociedad: "consortium" y "societas"*, en *R.D.P.*, t. XXVI, núm. 301 de marzo de 1942, págs. 141 a 153, donde sintetiza con abundante bibliografía las dos corrientes doctrinales, encabezadas respectivamente por Lastig y Pernice, en punto a la génesis consorcial o de "derecho de gentes" de la "societas". Sobre la importante modalidad constituida por las "sociedades de publicanos", las más parecidas a las modernas sociedades de capitales de cuantas conoció la antigüedad, versa el completo trabajo de ARIAS BONET, J. A., *Societas Publicanorum*, en *A.H.D.E.*, t. XIX, años 1948-1949, páginas 218 a 303.

En la bibliografía extranjera se encuentran ya obras de conjunto de indudable mérito. La considerada como más completa es la de WIEACKER, Franz, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, con el subtítulo de *Untersuchungen Zur Geschichte des römischen Gessellschaftsrechte*, t. I, no continuado, Weimar, 1936. Espléndida, como todas las suyas, es también la obra de ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *La Società in Diritto Romano* (Curso impartido en la Universidad de Roma en el año 1949-1950), Ed. Dott, Eugenio Jovene, Nápoles, 1959. Vide, también, POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, Torino, 1930; DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la republique et au temps de la jurisprudence classique*, París, 1928; POISNEL, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains*, en *Nouvelle Revue Historique*, t. III, pág. 431 y sigs., y 531 y siguientes, y JASPAR, *Des sociétés particulières en droit romain*, esta última

el examen directo de los textos que hemos creído podrían ser los antecedentes del artículo 1.701.

Desde luego, no hay ningún pasaje que nítida y directamente sea inspirador de nuestro precepto, pero hay dos que, a nuestro juicio, constituyen su germen remoto y otros que han dado origen a la actual causa segunda del artículo 1.700. También nos ocuparemos de estos últimos por su proximidad temática, y, al paso, confirmaremos la diversa procedencia, antes avanzada, de ambos preceptos.

Los dos primeros textos a que nos referíamos, abordan, en sustancia, una cuestión de perecimiento de la aportación, pero sin implicaciones disolutorias. Se trata de dos pasajes correlativos de Ulpiano, extraídos del libro trigésimo primero de sus comentarios al Edicto y signados como D. XVII, II 58 pr. y D. XVII, II, 58, 1.

En el primero de ellos (40) Ulpiano pone en boca de Celso la siguiente solución: si se hubiesen asociado dos personas, aportando una tres caballos y la otra el cuarto necesario para formar una cuadriga, las consecuencias de la muerte de este último équido dependen de la intención que llevó a las partes a constituir la sociedad: si fue el propósito de vender la cuadriga la sociedad no debe entenderse constituida hasta que la venta se hubiese realizado (41) y por consiguiente el socio propietario pecha con la muerte de su caballo y no tiene derecho a parte alguna del precio de los otros caballos. Por el contrario, si el propósito fue el de poseer conjuntamente la cuadriga (42), la sociedad subsiste y el precio —caso de que ocasionalmente se vendiera aquélla—, se haría común.

citada, sin más referencias, por COPPER ROYER, *ob. cit.*, págs. 7, 47 y 56. Últimamente, BIANCHINI, MARIAGRAZIA, *Studi sulla Societas*, Giuffré, Milán, 1967.

(40) "Si quod quis in societatem contulit extinctum sit, videndum an pro socio agere possit. tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes, si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: *non enim habendae quadrigae, sed vendendae costam societatem*, ceterum si actidum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus." Todas las citas del Corpus se hacen con arreglo a la decimosexta edición de Mommsen-Krueger, Berlín, 1954.

(41) Muchos comentaristas posteriores entenderán que la sociedad, en el ejemplo de Celso, habría de constituirse sobre el precio obtenido en la venta y no sobre los objetos que iban a enajenarse, que no es exactamente lo que parece sostener el jurisconsulto romano. Para éste no es que el vínculo social se contraiga al dinero obtenido en la operación de venta, sino que sólo vive fugazmente, instantáneamente en el momento de la venta, a la que estaba condicionado o emplazado, según su certeza. Hoy la calificaríamos de sociedad ocasional de tracto único; la obtención y reparto del precio constituye tan sólo un efecto o secuela de la sociedad ya consumada y consumida. Con todo, la deformación posterior resulta intrascendente.

(42) Este supuesto que hoy se aproximaría más a una comunidad voluntaria no debe causar extrañeza, porque no hay que olvidar que la distinción entre comunidad y sociedad en Roma estribaba en el carácter voluntario o

En el segundo pasaje, recoge Ulpiano otro ejemplo, también de Celso y aún más interesante, si cabe (43): trátase ahora de aportación en metálico y el evento fortuito consiste en que el dinero perezca, hay que suponer que porque es robado o se pierde. Pues bien, curiosamente el momento decisivo para hacer pasar los riesgos a la sociedad es el de la "collatio" del numerario, "collatio" que consiste en la efectiva aportación del dinero y no en la simple separación unilateral (cf. el "destinasses" del fragmento).

Hasta donde se nos alcanza la romanística actual no se ha parado a analizar estos dos textos y ni tan siquiera ofrece una crítica interpolacionista que depure sus ingredientes clásicos (44).

Posiblemente se tratara de dos problemas realmente acaecidos y propuestos al dictamen de Celso, quien ofrece unas soluciones muy en función de las circunstancias del caso, que ya Ulpiano recoge con una mayor dosis de generalidad (45). Pero ante el silencio de

no de la agrupación. Vide al respecto ARANGIO RUIZ, *La società...*, cit. págs. 32 a 62, donde combate las teorías identificadoras absolutas entre comunidad y sociedad de Albertario, Frezza y Ein, por una parte, y la de Wieacker, por otra, apoyando el criterio distinto indicado en D. XVII, II, 31 a 33; D. X, III, 2, pr. e I, III, XXVII, 3. Véase el problema más extensamente tratado por el mismo autor en *Societas re contracta e communio incidens*, en *Studi Riccobono*, 4, págs. 355 y sigs. En la dogmática moderna el problema de la distinción entre sociedad y comunidad, que se quiere cimentar sobre bases distintas del consentimiento, ha originado abundante literatura. Vide la obra, ya clásica, de BELTRÁN DE HEREDIA, José, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Ed. R.D.P., Madrid, 1954. También, MARÍN LÁZARO, Rafael, *Sociedad y comunidad*, en R.D.P. 1942, págs. 689 a 697; LOIS ESTÉVEZ, *La distinción de condominio y sociedad*, en R.G.L. y J., 1947, páginas 681 y sigs. Últimamente el problema ha sido abordado en toda su amplitud por AMATUCCI, Alberto, *Società e comunione*, Ed. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1971.

(43) "Item Celsus tractat, si pecuniam contulisset ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. et ait si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societates coita esset, utriusque perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit."

(44) Así, por ejemplo, ARANGIO, *La società...*, cit., pág. 93 y sigs.; al abordar el tema de las aportaciones se despreocupa del problema de los riesgos que pudieran afectarles y soslaya, por tanto, nuestros dos textos. Idéntico mutismo se advierte en un estudio monográficamente dedicado a las aportaciones en el Derecho romano, como el de GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in Diritto Romano*, en *Bull. Ist. Dir. Rom.*, núm. 42, 1934, págs. 166 y sigs.

(45) En el primer supuesto, quizá los propietarios de los caballos se encontrarán en una feria o mercado y hubieran simplemente convenido que, de encontrar comprador, unirían sus semovientes para formar una cuadriga y obtener mejor precio. Es probable, por tanto, que el convenio social dependiera de una condición: que se hallara comprador. Como entonces no se trataba de una sociedad de presente, sino condicionada "in futurum", el riesgo del fallecimiento del caballo pesaría sobre quien no había dejado de ser nunca su propietario, por no haberse llegado a perfeccionar el contrato social. Cosa distinta, razona Celso, sería que la sociedad se hubiese constituido para disfrutar en común de la cuadriga. El célebre jurisconsulto romano, cuyo pensamiento se reproduce muy concisamente, dictamina, pues, condicionando su opinión a presupuestos fácticos que, posiblemente no le

los especialistas nos limitamos simplemente a registrar el contenido de ambos fragmentos, guardándonos de sustentar nada seguro sobre su fundamento, aunque sí afirmando su indudable repercusión posterior, como tendremos ocasión de comprobar.

Dijimos que había una segunda serie de textos, intuitivamente imaginados como precedentes del artículo 1.700, causa 2.^a, que se refieren no al perecimiento de una sola de las aportaciones, sino a la destrucción total del patrimonio social.

El pasaje más interesante de ellos es el contenido en D. XVII, II, 63, 10 debido una vez más a Ulpiano y a sus comentarios edictales (46). Se sistematizan en él las causas de disolución de la sociedad con más amplitud que lo habían hecho Gayo (47) y Modestino (48), y se dice que la sociedad se disuelve por causa de las personas, de las cosas, de la voluntad o de una acción procesal. Al explicar la causa de disolución "ex rebus", se aclara que la cosa (49), esto es,

fueron suministrados en la consulta. Sobre esa base, parece que Ulpiano quiere ya montar una regla general para toda hipótesis de perecimiento de aportación, a la vista de la impersonalidad de su estilo: "si id quod quis in societatem contulit..."

El segundo caso es más problemático: instintivamente, se piensa en que su fundamento es el mismo (cf. "Item...") que el del fragmento que le precede, surgido de la misma pluma (Ulpiano) y extraído de la misma fuente (CELSE, *Epistula Cornelii Felicis*). Y así como allí no había sociedad hasta vender el objeto común, aquí no la habría hasta haberlo adquirido (no se olvide que se trata de una sociedad "ad mercem emendam"). Pero si nos fijamos atentamente, veremos que a diferencia del anterior fragmento, ya no se encuentra la solución en la voluntad de los contratantes de constituir una sociedad para vender o para poseer en común, sino en el hecho objetivo de haberse efectuado o no la "collatio", lo que parece una sorprendente anticipación al criterio germánico de discernir los riesgos por la "traditio". También da la impresión de que lo que realmente preocupa a Celso es determinar por causa de quién se perdió el dinero, es decir, atendiendo a qué intereses estaba la víctima cuando experimentó el evento fortuito (cf. el "quod non fieret nisi societas coita esset" o el dativo "societati") y para ello necesitaba saber a quién pertenecía el numerario y, por consiguiente, si se había producido o no la "collatio". Con todo, repetimos, ambos textos requieren un estudio solvente que despeje sus muchos puntos oscuros... (46) "*Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive resive: voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem máxima aut media capitibus deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut conditionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est, neque eius quae consecrata, publicatae, sit. voluntate distrahitur societas renuntiatione.*"

(47) GAYO, III, págs. 152 a 154, donde no se menciona la disolución por perecimiento del objeto. La existencia en las fuentes de dos sistematizaciones distintas de las causas de extinción de la "societas", la debida a Gayo-Modestino y la debida a Ulpiano, así como su relativa conjunción por Paulo (D. XVII, II, 65), ha sido muy agudamente destacada por ARANGIO, *La societas...*, cit., págs. 150 a 171.

(48) Modestino, en D. XVII, II, 4: "Dissociamur renuntiatione morte capitibus minutione et egestate."

(49) La utilización del vocablo "res" induce a pensar si el tipo de sociedad que Ulpiano tenía a la vista al perfilar esta causa disolutoria no sería la "societas unius rei", esto es, la contraída para una operación concreta o sobre una cosa concreta (repetimos que en Derecho romano la comunidad

el objeto o patrimonio social, perece cuando no queda ninguna de las que componían el fondo común o cambian de condición, en el sentido de que han devenido cosas sagradas o públicas. Con referencia al perecimiento emplea Ulpiano una frase que ha quedado como lapidaria: "neque enim eius rei quae iam nulla sit, quisquam socius est": pues nadie es socio de una cosa que ya no existe.

Insistimos en que la hipótesis que se prevé en el fragmento citado es la destrucción ("interitus") de *todo* el patrimonio social (cf. "nullae"), no de una aportación individual, ingresada o no en el caudal común, que vimos era el supuesto contemplado por el artículo 1.701. Por eso creemos que es el artículo 1.700, número 2, y no el 1.701, el precepto que se inspira en la solución romana.

Otros dos textos que parecen confirmar el anterior, son D. XVII, 2, 65, 10 (50) e I. 3, 25, 6, 50, ambos de idéntico tenor, y que no hacen sino reiterar que si se ha contraído una sociedad para alguna negociación (51) y ésta se ha concluido, la sociedad se disuelve.

También aquí se nos antoja que más ha podido ser éste el antecedente del segundo inciso del número segundo del artículo 1.700 ("...o se termina el negocio que le sirve de objeto"), que del artículo 1.701.

Pero, en resumen, los pasajes a tener verdaderamente en cuenta de entre las fuentes romanas son los dos consignados en primer lugar (D. XVII, II, 58, pr. y 1) relativos a las sociedades "ad quadrigam vendendam" y "ad mercem emendam".

sobre una cosa, si era voluntaria, constituía una sociedad), v. gr., la "politio" (especie de sociedad caracterizada, como es sabido, porque el "politor", experto en agricultura, se obligaba a mejorar un fundo ajeno o a adaptarlo a nuevos cultivos, contra recibo de una participación en los frutos), la "soccida" (denominación italiana, corrupción agreste, según Troplong, de la voz "societas", que hoy calificamos como *aparcería de ganado*), la sociedad para comprar una cosa o para alquilarla (D. XVII, II, 65, 2), para limpiar canales comunes (D. XVII, II, 52, 12), para construir una pared medianera (D. XVIII, II, 52, 13) o un mausoleo (D. XVII, II, 52, 7), etc. Con todo, parece ser que, aunque así fuera, la regla sería aplicable a cualesquiera otro tipo de sociedades particulares o universales, pese a que Ulpiano no hubiera pensado en ellas.

(50) "Item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas."

(51) Al igual que en el fragmento anterior, la palabra "res" nos conducía a pensar en las "societates unius rei", aquí es la expresión "negotio", la que nos sugiere la aplicación del fragmento a las llamadas "societates alicuius negotiationis", no muy distintas de las "unius rei" con las que integraban el cuadro de las sociedades particulares en Roma: el objeto, entendido como fin, de estas sociedades "alicuius negotiationis", era no una operación concreta, sino toda una rama de actividad: la venta de esclavos (Gayo, III, 148), la banca (D. XVII, 52, 5), las concesiones administrativas (D. III, 4, 1, pr.), etc. A la vista de esta distinción, con todo no muy nítida, se aclaran preceptos como la disyunción del núm. 2, del citado art. 1.700 o las posibilidades que ofrece el art. 1.678 del C. civ.

2. DERECHO INTERMEDIO

Es difícil rastrear la evolución posterior de la doctrina contenida en los anteriores textos romanos. Desde luego, la línea histórico-jurídica que no arranca del Corpus justiniano, representada entre nosotros por la legislación gótica y los fueros municipales, no sólo no ha recogido similares pasajes de Ulpiano, Gayo o Modestino, sino que incluso prescinde de toda regulación del contrato de sociedad. Ni la "Lex Romana" (52), ni el "Liber" (53), ni, a título de simple muestra, los Fueros de Cuenca (54) y Teruel (55) mencionan el contrato de sociedad, aunque el fenómeno de la unión de personas para la consecución de un fin común, debió ser bastante frecuente al margen de los textos legales.

Es preciso por ello, partir del redescubrimiento del Derecho romano, esto es, de la Glosa y de la Postglosa, para poder entroncar con la problemática suscitada en Roma por el perecimiento de una aportación social. Pero también esta fase ha de quedar un tanto en la penumbra, no porque los glosadores eludieran el tema (pues dado su método de trabajo veíanse obligados a tropezar con los referidos pasajes del Corpus), sino por el difícil acceso que sus obras ofrecen.

Por ello nos hemos visto limitados a consultar a Bártolo y Baldo únicamente, contentándonos para los demás glosadores y postglosadores con la referencia indirecta que de sus comentarios se contiene en una anotada edición del Corpus.

Bártolo en sus comentarios al Digesto (56) repasa todos los textos antes recogidos, salvo el contenido en la Ley XVII, II, 63, 10, pero interesa centrarse solamente en sus glosas a las leyes 58, pr. (para él 59, pr.) y 58, 1 (para él también 59, 1). Respecto a la lex "si id quod quis" afirma que en ella se está sentando la regla de que si la cosa parece antes de que la sociedad sea contraída, parece para aquel de quien la cosa es, y si parece después de que se haya contraído la sociedad, parece para el común. Y añade que la sociedad

(52) *Fragmenta ex Legis Romanae Wisigothorum*, ed. Real Academia Española de la Historia, Madrid, 1896. Tan sólo el tít. XVI, del Libro IX del Código Teodosiano, en ella incluido, lleva por título "si petitionis socius sine herede defecerit" y se refiere únicamente al derecho del socio a heredar "abintestato", y el tít. XVI, del Libro II de las "Sentencias" de Paulo, también incluidas en el Breviario, se rubrica "pro socio", y establece exclusivamente la siguiente conclusión: "sicut lucrum, ita est damnum inter socios communicatur: nisi quod culpa socii vel fraude eversum sit", lejano eco del D. XVII, II, 52, 2 a 4, que ahora no nos debe interesar.

(53) "Liber iudiciorum, sive Lex Visigothorum", incluido con las más importantes "Leges nationum germanicarum" en los "Monumenta Germaniae Historica", ed. por la "Sociedad para la investigación de las fuentes germánicas del Medioevo", t. I, Hannover-Lipsia, 1902.

(54) *Fuero de Cuenca*, ed. de Rafael de Ureña y Smenjaud. Madrid, 1935.

(55) *Forum Turolii*, transcripción y estudio preliminar de Francisco Aznar Navarro, Zaragoza, 1905.

(56) BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Ed. Augustae Taurinorum, 1589.

se entiende contraída por la colación de las cosas si se trata de una sociedad constituida "re" o por la celebración del contrato si se trata de una sociedad constituida "per contractum" (57).

Referente a la ley siguiente, "Idem Celsus", opina que el fundamento es el mismo que el de la anterior, pero hace observar con cierta extrañeza que no basta la simple destinación o separación del dinero para transmitir el riesgo en contraste con otros pasajes en que se ofrece la solución contraria (58). Salvo en esa pequeña observación, el comentario de la Ley "Idem Celsus" se remite al de la "Si id quod quis", por lo que es en ésta donde se contiene el pensamiento de Bártolo en torno al riesgo de la aportación, pensamiento que, a no dudar, supone una acusada desviación de las reglas del "Corpus". En efecto, ya vimos en su lugar cuál podía haber sido la motivaciones de los ejemplos de Celso, pero ahora Bártolo considera como dato clave para el tránsito de los riesgos el que se haya o no "contraído" la sociedad, idea por completo ajena al jurisconsulto romano. Además distingue dos clases de sociedades: la "re" y la "per contractum", sin apoyo excesivo en las fuentes justinianas (59) y para cada una de ellas el momento de "perfección" es distinto.

Aunque no vale la pena detenerse mucho en Bártolo, pues no parece que su doctrina haya tenido repercusión actual, da la impresión de que el precoz maestro perusino ya estaba imaginando la aportación a sociedad como una especie de compraventa y que pretende aplicar a aquella la doctrina elaborada para ésta: Si con la "emptio perfecta", que en la mayoría de los casos coincide con la "emptio contracta" (salvo que esté sujeta a condición, pendiente de especificación el género o afectada la venta por alguna otra circunstancia que suspenda su eficacia), "periculum ad emptorem pertinet" (60), también con la "societas contracta", parece decir Bártolo, "periculum ad societatem respicit". Sólo que a diferencia de la compraventa, la sociedad se podía contraer, según el citado glosador, de dos maneras: por entrega de las cosas como en los contratos reales (lo que hace suponer si no estaría pensando en la comunidad, que todavía tardaría mucho tiempo en desligarse de su melliza la sociedad) o por la celebración del contrato (en los casos de sociedad genuina, según los conceptos actuales). Cuando se han verificado la entrega o la celebración, según los casos, Bártolo afirma que el

(57) "Si id quod quis: si res perit antequam societas sit contracta perit ei, cuius est, si post contractam societatem perit, communiter perit. Vel aliter, si societas fit re, rerum ipsarum collatione perficitur: si fit per contractum non dicitur perfecta, nisi celebratur contractus."

(58) "Idem Celsus: sub eodem summario cadit cum prin. d. 1. si id quad. Vide text. ibi (posteaquam eam destinasses) et Nota. bene istum text. quod sola destinatio non facit rem esse in actu favorabili, infra de alimen. et cib. lega. 1. cum quidam."

(59) Véase al respecto ARANGIO RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, en *Studi Riccobono*, 4, págs. 355 y sigs.

(60) Véase, para una cristalina explicación de estos conceptos y reglas en materia de compraventa, la citada obra de ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, págs. 176 y sigs.

contrato “perficitur”, que la sociedad es “perfecta”, lo que patentiza de nuevo que en su mente bullía toda la dogmática del riesgo en la compraventa.

Baldo (61), con pauta muy similar a la de Bártolo, comenta los textos romanos a que nos circunscribimos, pero, nuevamente, sólo mencionaremos su glosa a las leyes 58 pr. y 58, 1, por ser las únicas de trascendencia posterior.

Al resumir el contenido de la ley “Si id quod quis” (62), utiliza casi las mismas palabras que su maestro, de suerte que también para Baldo, si la cosa perece antes de que la sociedad sea “contraída” el riesgo de su pérdida corresponde al propietario, si después, al común de socios. Entre las anotaciones que añade a continuación sostiene que la razón del principio contenido en la ley comentada estriba en la diferencia que hay entre una sociedad formada sobre el precio futuro y otra constituida desde el principio sobre los mismos objetos a enajenar.

De la lex “Item Celsus” (63) afirma que dice casi lo mismo que la anterior, es decir, que en el dinero hecho común, el peligro es común, en tanto que en el que ha de hacerse común, pero todavía no se ha hecho, el peligro es de su exclusivo propietario, remachando en una “nova additio” la idea de que no rige la misma solución respecto al dinero comunicado que respecto del dinero destinado a la comunicación.

Lo más destacable de Baldo, pues en lo fundamental se adscribe al criterio de Bártolo de considerar la contracción de la sociedad como el momento decisivo en orden al traspaso de los riesgos, es esa explicación que da del texto de Celso relativo a la cuadriga. Erróneamente, a nuestro juicio, considera que la sociedad “ad vendendam quadrigam” recae sobre el precio de los caballos y que lo contrario ocurre en la “societas ad habendam quadrigam”. Esta explicación sin apoyo en las fuentes, se perpetuará entre los autores posteriores como habremos de ver.

Para adivinar el pensamiento de los demás glosadores sólo hemos

(61) BALDUS UBALDUS, *In secundam partem Digesti Veteris Commentaria*, ed. Augustae Taurinorum, apud heredes Nicolai Bevilacqua, 1576. Interesante es la obra de NAVARRINI, *Del concetto di società secondo Baldo*, en *L'opera di Baldo*, Perugia, 1901, págs. 51 y sigs.

(62) “*Si id quod*: Si res perit antequam sit contracta societas perit ei cuius res est. Si vero post contracta societatem, perit communiter. hoc dicit // In hoc princ. nota gl. super verbo coitam. ibi. Et nota, argu. nota. ex isto princ. differentiam utrum societas sit formata super precio futuro an super ipsis corporibus a principio. // Item nota glos. hic positam quod societas contracta in vaccis durat in vitulis natis ex eis. facit supra commo. 1. si ut certo & usque adeo et adde quod nota. infra. de pigno. in princ. et per Ia. in 1. fundi de fund. instru.”

(63) “*Item Celsus*: Iste & in effectu quasi idem dicit quod principium istius l. et ideo non summatur. dic quod in pecunia comunicata est periculum commune in comunicanda solius proprietarii. hoc dicit. *Nova additio*: In verbo tex. non enim habendae nota. aliud est contrahere societatem super emendo aliud super vendendo. In & Item Celsus, non esse idem iuris & pecunia comunicata et de pecunia communicationi destinata.”

podido disponer de una edición comentada del Corpus, la segunda "de las Juntas" (64), en cuyo tomo primero, dedicado al "Digestum Vetus", se recogen periféricamente glosemas de Florentino, Azo, Acursio, etc. Por ella podemos saber que el criterio bartoliano de la "contracción" no tuvo ningún contradictor, antes bien parece que tuvo gran predicamento como evidencia que Azo al comentar la Ley 58, aparte otras consideraciones de menor interés, habla de "ante contractam societatem" y "iam contractam societatem", como momentos distintos en orden al riesgo.

En resumen, podemos considerar la glosa de Bártolo como el compendio de la doctrina de la época en torno al riesgo de la aportación.

En la literatura posterior, ya en la Edad Moderna, el problema previsto en los textos romanos y comentado por los glosadores, esto es, el problema de la imposibilidad sobrevenida de la aportación social, recibirá su configuración definitiva.

Algunas obras muy elementales no se preocupan de él como el "Commentarius institutionum imperialium" de Arnaldo Vinnio (65), silencio que alcanza también a obras tan voluminosas como las de Cuyacio (66) y Donello (67) y otras lo mencionan de pasada y siempre desde el ángulo de las causas de extinción de la sociedad, como ocurre con Heinecio (68).

Pero los dos autores de mayor trascendencia en el Derecho civil moderno, a saber, Domat y Pothier, sí se ocupan extensamente de la cuestión, repercutiendo grandemente sus opiniones en los Códigos

(64) Se trata de la segunda edición veneciana, conocida por "de las Juntas" y fechada en 1592, que al decir de CALASSO, I. *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè, Milán, 1951, pág. 346, es de las mejores junto con las de "Ugo della Porta" de 1553 y años sucesivos. La cita íntegra de la que manejamos es, en el tomo que nos interesa, "Digestum Vetus seu Pandectarum iuris civilis", tomus primus, cum lectionum florentinarum varietatibus, diligentius quam antea in margine appositis, post sanè Accursii commentarios, Contti Scholia, Cuiacii Paratitla, Laureni, aliorumque clarissimorum I. C. Additiones, nunc recens Iacobi Anelli de Bottis ac Agustini Caravitaë, Reginorum in regno Neapolitano Consiliarorum, adnotationibus illustratus". Venecia, Apud Iuntas, 1592.

(65) La edición que manejamos está datada en 1779 e impresa en Valencia (apud Benedictum Monfort. Typografum), pero las Instituciones de Vinnio, con es sabido, se remontan a 1642.

(66) CUIACIUS, Iacobus, *Opera Omnia*, Lutetiae Parisiorum, 1658, 9 tomos.

(67) DONELLUS, Hugo, *Commentaria de Iure Civili...*, Antuerpiae, Apud Petrum Bellerum, 1642.

(68) En las *Recitaciones del Derecho civil*, de Juan HEINECIO, simplemente se dice: "finalmente, el último modo (de extinguirse la sociedad) es la destrucción de la cosa, por la misma razón (porque no queda nada en que puedan ser socios). Si, pues, dos comerciante son socios en una tienda común, si ésta se quema, cesará la sociedad, a no ser que de nuevo la entablaran". Utilizamos la traducción de Luis Collantes y Bustamante, t. III, Valencia, Imp. Cabrerizo, 1833. Este párrafo, en el que una vez más se constata la necesidad de que desaparezca *todo* el patrimonio social para que se extinga la sociedad, no es más que otro eslabón hacia el 1.700, 2.º, pero en nada afecta al 1.701.

gos de corte napoleónico. Por este influjo procede, sin embargo, estudiarlos en la fase siguiente.

. ETAPA CODIFICADORA

A) *Codificación Francesa*

Domat trata de la sociedad en el Libro I, título VIII, de “Les Loix Civiles dans leur ordre naturel” (69). En la sección IV de ese título dedicada a las obligaciones de los socios y dentro del apartado XIV afirma que todas las pérdidas que experimente el fondo social son comunes a todos los socios. Pero para determinar cuándo las aportaciones deben ser consideradas como fondo social, recurre al conocido ejemplo de Celso de la Ley 58, 1, donde sabemos era la “collatio” del numerario a la “societas ad mercen emendam” el momento determinante del tránsito de los riesgos. La postura de Domat, aunque en cierto momento, conforme al precedente romano, sostiene que no basta la simple destinación del metálico, es mucho más matizada: según él es preciso discernir si la sociedad estaba ya constituida, cuál era el destino del dinero o de cualquier otra aportación, qué pasos se habían dado para aportarlo al fondo común, etc. Sólo ponderando estas circunstancias se podría juzgar si la cosa perdida era de la sociedad o del socio y consecuentemente quién pechaba con su pérdida (70).

El ejemplo de la cuadriga, el de la ley 58, pro. no lo esgrime Domat dentro de la anterior temática, sino en la Sección V, apartado XVIII, y concretamente al preguntarse si la pérdida de la aportación de uno de los socios provoca la disolución de la sociedad. Naturalmente a esa cuestión en abstracto, responde que no, que la destrucción de una aportación no implica la de la sociedad, pero,

(69) La edición consultada está impresa en París en 1777, chez Nyon aîné, Libraire, rue Hautefeuille.

(70) “Toutes les pertes du fonds de la société sont communes aux associés. Mais pour juger si l'argent, ou autre chose qui vient à périr, doit être regardée comme étant dans le fonds de la société, ce n'est pas assez qu'elle fut destinée pour y être mise: et il faut considérer les circonstances où sont les choses quand la perte arrive. Ainsi, par exemple, si l'argent qu'un associé devoit fournir pour acheter des marchandises, périt chez lui, avant qu'il ait mis dans le coffre de la société ou rapporte en commun, il est perdu pour lui. Mais si cet argent devoit être porté en voyage pour une emplette, et qu'il soit volé en chemin, la société en souffre la perte, quoiqu'il ne fût pas encore employé; parce que c'étoit pour la société qu'il était porté, et la destination étoit voisine aux périls de la société. Et dans les autres événements semblables, la perte regarde ou ne regarde pas la société, selon l'état des choses. Et il faut discerner si la société est déjà formée, quelle est la destination de l'argent ou autre chose qui doit y être mise, quelles démarches ont été faites pour l'y mettre, et les autres circonstances par où l'on peut juger si la chose qui périt doit être considérée, ou comme étant déjà dans la société, ou comme étant encore à celui qui devoit l'y mettre”, y a continuación reproduce, como decimos en el texto, el fragmento “item Celsus...”.

en cambio, en el concreto ejemplo de Celso, sí, porque los caballos no se hacían comunes hasta la venta de la cuadriga (71).

Este apartado XVIII cabe considerarlo como muy importante dentro de la evolución histórica del problema que estudiamos, porque por primera vez se conecta en él, el tema de la destrucción de la aportación de un socio y el de la disolución de la sociedad, y aunque Domat lo resuelva correctamente, el tratamiento, tan próximo, de ambas cuestiones, sin duda será el arranque de toda la confusión posterior que hoy se refleja en nuestro artículo 1.701.

Independientemente del anterior problema, Domat se ocupa, dentro también de la Sección V, pero en el apartado 11, de la disolución de la sociedad por conclusión del negocio o desaparición de todas las cosas que constituían el patrimonio social, concluyendo conforme al conocido pasaje de la ley 63, 10, "neque enim eius rei quac iam nulla sit, quisquam socius est", que, efectivamente, la sociedad en esos casos se extingue. Vemos, por tanto, cómo se van conformando paralelamente los artículos 1.700, 2.º y 1.701.

En resumen, pues, en la obra de Domat, que por cierto, expone el tema de la sociedad dentro de una sistemática muy parecida a la actual, se ha dado un paso más que el de Baldo para quien la sociedad "ad vendendam quadrigam" recaía sobre el precio futuro y no sobre los caballos. Para el "avocat de Clermont", los animales no se hacen comunes, quizá por la misma razón que para el glosador, pero aquél se cuida de subrayar que se trata de un ejemplo muy concreto y que la regla general es que la destrucción de una aportación no extingue la sociedad. Pero con ello "Les Loix civiles dans leur ordre naturel" implicaba peligrosamente, las hasta entonces desconexas cuestiones de la aportación y la extinción social, mescolanza en la que incidirá ya, lógicamente, Pothier.

Pothier, autor clave en tantas instituciones civiles, será también quien diga la última palabra doctrinal sobre nuestro problema, antes de su trastueque por los distintos proyectos codificadores. Trata dicho autor de las sociedades civiles en el tomo IV de sus "Oeuvres",

(71) "La perte de la mise d'un associé ne doit pas opérer la dissolution de la société, parce que la perte ne tombe pas plus sur lui, que sur les autres associés: la mise d'un associé devient un effet commun des associés, c'est un effet de la société, en sorte que si cette mise se perd, chacun des associés doit en supporter la perte: on ne peut pas dire que l'associé dont la mise est perdue, n'ait plus rien dans la société, puisqu'il a part dans les mises des autres associés; si cependant deux personnes convenoient de vendre ensemble des effets appartenans à chacun d'eux, dans l'espérance que ces effets réunis se vendroient plus cher que si on les vendoit séparément, et stipuloient que le prix qui en proviendrait seroit partagé entr'eux à proportion des effets appartenans à chacun d'eux, il seroit naturel de dire dans ce cas que l'espece de société contractée entr'eux finiroit par la perte des effets de l'un d'eux, parce que ces effets ne sont pas devenus communs entre ces deux parties, ce qui fait que l'un d'eux perdant son effet, ne peut rien prétendre dans le prix qui proviendra de la vente des autres effets." Se comprueba cómo Domat también parece interpretar el ejemplo celsiano de la cuadriga (que a continuación de lo transcrito, reproduce), como un caso de sociedad sujeta a condición o término, como se desprende del hecho de que en ella las aportaciones "no se han hecho comunes".

dedicado, como el III a los contratos en particular (72) y su estudio lo afronta en nueve capítulos, dedicados a su naturaleza, clases, cláusulas más frecuentes, forma, derechos de los socios, responsabilidad y obligaciones de los mismos, disolución y partición.

Como se advierte, no reserva ningún apartado específico para estudiar el problema de los riesgos de una aportación y sus consecuencias, sino que, al igual que Domat, se preocupa de él en diferentes lugares y por diferentes motivos.

En primer lugar, dentro del capítulo segundo, al enumerar las clases de sociedades y, concretamente, al ocuparse de la "sociedad particular", enseña en qué consiste ésta y por qué títulos —de propiedad o de usufructo (goce, para nosotros)— pueden efectuarse las aportaciones e inmediatamente, al proponer ejemplos de estas dos variedades aportacionales, extrae consecuencias referentes a quien debe soportar su hipotética pérdida (73). En efecto, partiendo del ejemplo de dos vecinas que constituyen una sociedad a la que aportan cada una una vaca para su provechamiento conjunto, afirma Pothier que si la aportación de los animales se hizo en propiedad, la pérdida de uno de ellos será común y la vaca que queda continuará perteneciendo a las dos asociadas (74), pero si la aportación se hace a título de goce, cada vecina sigue siendo dueña de su vaca respectiva y sobre cada una de ellas recaerán las consecuencias de su pérdida, sin afectar para nada a la otra (75).

(72) *Oeuvres*, de POTHIER, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle, par M. BUGNET, t. IV, Paris, 1874.

(73) "On peut contracter société de choses particulières, et même d'une seule chose: "societates contrahuntur unius rei", L. 5, ff. Pro. soc.; comme lorsque deux voisins conviennent d'acheter à frais communs une vache; pour la nourrir et la soigner en commun, et en partager le profit.

On peut mettre dans cette espèce de société de choses particulières, de même que dans les sociétés universelles, ou les choses mêmes, ou seulement l'usage et les fruits à percevoir de ces choses.

Par exemple, lorsque deux voisins qui avaient chacune une vache, sont convenus que les deux vaches seraient communes entre elles, c'est une société des choses mêmes: chacune des associées n'est plus propriétaire séparément de sa vache, elles sont chacune propriétaire en commun de deux vaches. C'est pourquoi si l'une des deux vaches vient à mourir, la perte sera commune, et celle qui reste continuera d'appartenir en commun aux deux associées, sans que celle qui l'a apportée à la société puisse y prétendre plus de droit que l'autre. Mais si ces deux voisins, sans convenir que leurs vaches seraient communes, sont seulement convenus qu'elles en percevraient en commun tous les fruits et profits qui en proviendraient, ce ne sont pas en ce cas les vaches elles-mêmes qui sont mises en société; chacune des associées demeure propriétaire séparément de sa vache; et si elle vient à mourir, elle en souffre seule la perte, sans pouvoir rien prétendre de l'autre."

(74) Aún no había elaborado la jurisprudencia francesa la personalidad jurídica de las sociedades civiles, de ahí que se hable de que las vacas son "colectivas" o que pertenecen a las dos vecinas en "común".

(75) No deja de ser extraña esta conclusión respecto de las aportaciones de goce, porque si al menos había comunidad de frutos y aprovechamientos, estos deberían seguir siendo comunes independientemente de la suerte que pudiera correr el capital fructífero. Hay que pensar que Pothier estaba sólo preocupado por decidir quién soportaría la pérdida de la propiedad de la vaca y olvidó mencionar el destino de los aprovechamientos comunes.

Siempre buscando la claridad expositiva vuelve a proponer otro ejemplo (76); ahora el de una sociedad para vender en común ciertas cosas que pertenecen a cada uno de los socios, esto es, un ejemplo idéntico al de la cuadriga que por lo demás reproduce a continuación. Y conforme al criterio de Celso decide que es preciso examinar cuál ha sido la intención de las partes: si su propósito era hacer una sociedad sobre las cosas a vender, la pérdida de una de éstas será común, pero si ha sido constituir la sociedad sobre su precio, la pérdida recaerá por entero sobre aquel de los socios a quien pertenecía la cosa destruida. Aún insiste Pothier en la misma idea con otro ejemplo más relativo a dos comerciantes asociados para la venta de sus mercancías (77).

Observemos que los dos últimos supuestos, montados sobre las huellas de la Ley 58, pr. son muy distintos del primero, el de las vacas, porque en éste había una sociedad inmediata, recayente sobre los aprovechamientos de las mismas, en tanto que en aquéllos, la sociedad hay que entenderla contraída, según nuestra interpretación, bajo término o condición, si el propósito era hacer común el precio de la mercancía, porque hasta que no se hubiera vendido ésta, no existiría fondo común. La sociedad en los dos últimos ejemplos de Pothier se hallaba sujeta a una condición o término suspensivos —la venta— y por eso al no cumplirse ésta no puede pretender nadie tener participación en una sociedad que no llegó a fraguarse. Pero, en la hipótesis de las vacas, sí había sociedad pura y desde luego, si bien limitada al goce, de suerte que lo lógico hubiera sido mantener la sociedad con esa limitación y no afirmar que un socio no puede pretender nada del otro.

Preocupado tan sólo en subrayar la diferencia que media entre una sociedad de propiedad y una de goce, no se percató el ilustre magistrado de Orleans, de que está mezclando ejemplos heterogé-

(76) "Pareillement, lorsque deux personnes contractent entre elles une société pour vendre en commun certaines choses qui appartiennent à chacune d'elles, et en partager le prix, il faut bien examiner quelle a été leur intention. Si elle a été de mettre en société les choses mêmes, la société sera des choses; et si l'une des choses vient à périr avant la vente que les parties se proposaient d'en faire, la perte en sera commune. Mais si elle a été de mettre en société non les choses mêmes, mais le prix de la vente qui en serait faite, la perte tombera en entier sur celui des associés à qui la chose appartenait.

C'est la distinction que fait Celse dans l'espèce suivante: "...", y reproduce aquí Pothier la Ley 58, pr.

(77) "On doit faire la même distinction à l'égard de deux marchands qui se seraient associés pour la vente des marchandises qu'ils avaient chacun dans leur boutique. Si leur intention a été de mettre en société leurs marchandises, et que depuis, celles qui étaient dans la boutique de l'un d'eux soient péries par le feu du ciel tombé sur cette boutique, la perte tombera sur la société, et l'associé dont la boutique a été incendiée continuera d'avoir part dans les marchandises de la boutique de l'autre associé. Mais si l'intention de ces marchands a été de contracter société, non des marchandises, mais du débit qu'ils en feraient, la perte qui est arrivée par le feu du ciel qui est tombé sur la boutique de l'un de ces marchands, tombera sur lui seul, et il n'aura pas de part à prétendre dans les marchandises de l'autre."

neos y de que está aplicando a una sociedad efectiva y de presente, una solución que Celso propuso para una sociedad de eficacia suspendida o para algo que no era ni siquiera una sociedad (78). Posiblemente se encuentre en esta desafortunada generalización y mezcla, junto con los otros ingredientes de que hablaremos enseguida, el origen de la errónea creencia de que si la aportación de goce se destruye, la sociedad se extingue, presente en el artículo 1.701, párrafo 2.º.

En segundo lugar vuelve Pothier a tratar el tema de los riesgos incidentes sobre una aportación, en el capítulo VII, referente a las obligaciones respectivas de los socios. Distingue él, como ya luego todos los tratadistas posteriores, dos tipos fundamentales de obligaciones: las de los socios con la sociedad y viceversa. Dentro de las primeras y, concretamente, dentro de la obligación de efectuar la aportación prometida (que llegaría hasta nuestro art. 1.681, párrafo primero) expone el ilustre magistrado, con todo detenimiento el problema suscitado por la destrucción de esa aportación que se promete.

Y no demora mucho el hacerlo, porque nada más afirmar que es evidente que cada uno de los socios es deudor a la sociedad de todo lo que ha prometido aportar a ella, añade toda una aplicación de la teoría general de la extinción de las obligaciones por pérdida de la cosa debida, a la concreta obligación de aportar. En efecto, encontramos en esos párrafos de las "Oeuvres" la consabida distinción entre obligación de entregar cuerpos ciertos y determinados cuyo perecimiento extingue a aquélla (a salvo los efectos de la "mora debitoris") y la obligación de entregar una cosa genérica, a la que resulta aplicable el principio "genus nunquam perit" (79).

De ambos supuestos propone sendos ejemplos, pero es curioso que el elegido para explicar la subsistencia de la obligación de aportar las cosas genéricas prometidas, aunque hayan perecido, sea el tan reiterado de la ley 58, 1 ("societas ad mercem emendam"). Parece que Pothier sugiere así una lógica interpretación del porqué de los efectos que desplegaba la "collatio" en el oscuro pasaje: como se trataba de entregar una cosa genérica, más precisamente,

(78) Domat había dicho, respecto a ese supuesto y sobre la base de D. XVII, II, 33 ("... quod a societate longe remotum est"), que el acuerdo para comprar en común una cosa no constituye sociedad. Vide *Les Loix...*, citada, tít. VIII, Secc. II § VII.

(79) "Il est évident que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Mais lorsque les choses qu'il a promis d'y apporter, sont des corps certains et déterminés, si ces choses viennent à périr sans la faute de cet associé, et avant qu'il ait été constitué en demeure par son associé de les apporter à la société, il est quitté de son obligation, de même que s'il les avait apportées.

Cela est conforme aux principes de droit établis en notre *Traité des Obligations*, part. 3, chap. 6, suivant lesquels dans toute les dettes de corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer."

una suma de dinero, no se extinguiría la obligación por su pérdida a menos que ya se hubiese especificado mediante la "colación" de la suma (80).

(80) "Ceci s'éclaircira par un exemple :

Jacques a proposé à Pierre, marchand de vin en détail, son ami, de l'associer à son commerce de vin : en conséquence, ils ont passé un contrat de société à laquelle Pierre a apporté cent pièces de vin qu'il avait dans sa cave. Jacques, de son côté, a promis d'y apporter et de faire conduire dans la cave de Pierre cent autres pièces de vin, provenant de sa récolte d'une certaine maison de vignes du dit Jacques, qui étaient encore dans le cellier de cette maison, où Pierre las a goûtées; et les parties sont convenues de partager par moitié la somme qui proviendrait de cette société, déduction préalablement faite des frais, et d'une certaine somme convenue que Pierre prélèverait pour ses peines. Depuis, avant que Jacques ait été mis en demeure de faire voiturer dans la cave de la société les cent pièces de vin, le feu du ciel est tombé sur le cellier où elles étaient, et en a consumé la plus grande partie. Cette perte, survenue par une force majeure, sans la faute de Jacques, et avant qu'il ait été mis en demeure, doit tomber sur la société et non sur Jacques seul, qui, en faisant conduire dans la cave de la société ce qui est échappé au tonnerre, est quitté de son obligation, comme s'il y avait conduit le total.

Mais si cet accident du feu du ciel n'est arrivé que depuis que Jacques a été mis en demeure, par una sommation judiciaire que lui a faite Pierre, de faire conduire dans la cave de la société les cent pièces de vin qu'il s'était obligé d'y faire conduire, la perte, en ce cas, ne doit pas tomber sur la société, qui ne doit pas souffrir de la demeure injuste de Jacques; et, non obstant l'accident qui est arrivé, Jacques demeure débiteur envers la société des cent pièces de vin qu'il a promis d'y apporter."

Se extiende luego Pothier sobre la posibilidad de enervar los efectos traslativos del riesgo que acarrea la "mora debendi", si el deudor demuestra que el caso fortuito hubiera afectado igualmente a las cosas debidas, de haberlas entregado a tiempo.

Refiérese a continuación a las aportaciones de géneros:

"Tout ce qui vient d'être dit sur l'extinction des choses qu'un associé a promis d'apporter à la société, ne reçoit d'application que lorsque ces choses sont des corps certains et déterminés.

Mais lorsque ce qu'un associé a promis d'apporter à la société, est une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de blé, de vin, etc., ou des corps indéterminés, comme tant de vaches, sans déterminer lesquelles; il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à ces questions, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui est indéterminé, "genus nunquam perit". Voyez notre *Traité des Obligations*, n.º 658.

Ceci sert à décider l'espèce suivante. Nous avons contracté une société pour aller acheter en différentes provinces certaines marchandises que nous ferions venir ici pour les y revendre, et nous sommes convenus d'apporter chacun 1.000 écus dans cette société. Si, avant d'exécuter cette convention, des voleurs ont forcé votre coffre-fort, et vous y ont volé une somme de 1.000 écus que vous destiniez pour la société, cette perte ne tombera pas sur la société; car ces deniers qui vous ont été volés, non-seulement n'appartenaient pas à la société, mais on ne peut même dire que c'était précisément de ces derniers qui ont été volés, que vous étiez débiteur envers la société.

C'est pourquoi le vol qui vous en a été fait, ne peut vous procurer la libération de la somme de 1.000 écus que vous avez promis d'apporter à la société. Mais si, étant parti pour aller en marchandises, en execution du contrat de société, vous avez pros cette somme sur vous, et qu'on vous l'aie volée en chemin, la perte tombera sur la société de 1.000 écus que vous lui deviez, en emportant avec vous ces derniers pour le voyage que vous faisiez en exécution de la société: ces derniers sont par là devenus les deniers de

Interesa resaltar que es este capítulo el que verdaderamente y en sede apropiada, encara la cuestión del “periculum” en las aportaciones, distinguiendo, como en toda obligación, su carácter genérico o específico, y, curiosamente, de estos párrafos de las “Oeuvres” no se recibió nada en los textos codificados y ha podido parecer por ello que la materia, huérfana realmente de regulación, se halla normada por otro precepto (v. gr. entre nosotros por el art. 1.701).

En tercer y último lugar (81), Pothier vuelve a tratar el tema de los riesgos en el capítulo VIII, relativo a las diferentes maneras por las que concluye la sociedad.

Entre las cinco que enumera —expiración del plazo, extinción de la cosa o consumación del negocio social, muerte natural o civil de un socio, su quiebra y la renuncia—, sólo nos interesa aquí la segunda.

De ella y bajo la rúbrica “de la extinción de la cosa que constituye el objeto de la sociedad y de la consumación del negocio”, nos dice Pothier que cuando la sociedad ha sido concertada sobre una cierta cosa, es evidente que la sociedad debe concluir si se extingue esa cosa, como ocurre en una sociedad sobre un asno que fallece, pero que cuando la sociedad recae tan sólo sobre los aprovechamientos de las aportaciones, y perece alguna, la sociedad “cesará”, porque siendo de la esencia de la sociedad que cada uno de los socios contribuya a ella (82), no puede ya haber sociedad, cuando uno de los socios no tiene ya con qué contribuir” (83).

la société, dont le vol doit par conséquent tomber sur la société.” Y a continuación transcribe el fragmento 58, 1 de Ulpiano-Celso.

(81) En puridad, de riesgos también se ocupa en el núm. 126 del capítulo VIII, pero sólo de aquellos que pueden afectar a una aportación de goce que la sociedad debe devolver porque se va a disolver o por otra causa cualquiera. Precisamente contiéndense aquí los antecedentes literales del actual artículo 1.687, pero, aunque cercano, no es ese nuestro tema y lo pasamos por alto.

(82) En efecto, en el § 3.º del capítulo 1.º había adelantado que “es de esencia de la sociedad”, además de un “interés común a las partes”, de la “prosecución de una ganancia partible” y de un “objeto lícito”, el que “cada uno de los socios aporte o se obligue a aportar alguna cosa a la sociedad”.

(83) “Lorsque la société a été contractée d’une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l’extinction de cette chose.

Par exemple, si deux paysans voisins ont acheté en commun un âne pour porter verdure au marché leurs denrées, il est évident que si l’âne vient à mourir, la société de cet âne qui était entre eux sera finie: “neque enim ejus rei quae jam nulla sit quisquam socius est”. L. 63, § 10 ff. Pro socio.

Lorsque la société n’est pas de choses mêmes, et que les associés ont contracté société seulement des fruits qui proviendraient de certaines choses qui appartiennent à l’un des associés sont péries, la société cessera; car étant de l’essence de la société que chacun des associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société, lorsque l’un des associés n’a plus rien de quoi y contribuer.

Lorsque deux personnes ont contracté société pour vendre en commun certaines choses qui leur appartiennent, et que ce ne sont pas les choses mêmes qu’elles ont mises dans la société, mais le prix qui proviendrait de la vente qui en serait faite; si avant la vente, les choses qui appartiennent à

Pero he aquí que Pothier apoya esta última y sorprendente (84) conclusión en tres ejemplos de los cuales los dos primeros ya nos son conocidos: uno el de las vacas, que constituye un desarrollo irrefutable, aunque erróneo, del principio teórico que explica, pero el segundo es, otra vez, el de la ley 58, pr. ("societas ad vendendam quadrigam") cuyo supuesto, de constituir una sociedad, sería, a nuestro modo de ver, bajo condición o término.

Enseguida se nos ocurre pensar que es este ejemplo el que conduce al preclaro jurista francés al error de afirmar que si la aportación es a título de goce y perece, la sociedad se extingue. Conclusión que no está avalada por ninguna lógica y que además se contradice con lo que había expuesto antes, al ocuparse por primera vez del ejemplo de la ley 58, pr. Porque, efectivamente, son supuestos muy distintos el de una sociedad que recae no sobre las cosas que se aportan, sino sobre su precio y el de una sociedad que recae no sobre la propiedad de las cosas, sino sobre su aprovechamiento. Pero Pothier los amalgama y apoyándose en uno soluciona el otro y de ambos extrae el erróneo principio.

Recapitulando un poco, para no perder el hilo expositivo, repetimos que Pothier se ocupa del riesgo que puede experimentar una aportación en tres lugares: al enumerar las clases de sociedades particulares; al desarrollar la "obligación de aportar" y al relacionar

l'un des associés sont péries, la loi 58, dont nous avons rapporté l'espèce supra n.º 54, décide que la société est éteinte.

La raison est celle que nous venons de dire, que cet associé n'ayant plus de quoi contribuer à cette société, elle ne peut subsister.

Lorsqu'un marchand de bois a contracté une société avec un tonnelier pour faire et vendre des tonneaux, à laquelle société le marchand devait apporter le bois, et le tonnelier son travail seulement pour faire les tonneaux; ce tonnelier étant depuis devenu paralytique, et incapable par conséquent de faire des tonneaux, cette société consse-t-elle en ce cas, et peut-on dire que le tonnelier n'a plus de quoi y contribuer?

Non; car, en se chargeant par le contrat de faire des tonneaux, il s'est chargé de les faire, non précisément par lui-même, mais soit par lui, soit par ses ouvriers, et il a par conséquent de quoi contribuer à la société ce qu'il a promis d'y contribuer.

Quid, si le marchand, qui n'a contracté la société que par le confiance qu'il avait dans l'habilité de cet ouvrier, avait mis une clause dans le contrat de société, que ce tonnelier no pourrait faire les tonneaux par d'autres que par lui? En ce cas, on peut dire que la société est éteinte, puisque la chose que cet associé a promis d'apporter à la société est éteinte; car ce n'est pas seulement la façon de tonneaux, mais son travail personnel qu'il a promis d'apporter à la société, et qu'il ne peut plus y apporter. Le marchand fera néanmoins prudemment de lui signifier une renonciation à la société.

Lorsque deux ou plusieurs personnes ont contracté société pour une certaine négociation, cette société sera finie lorsque la négociation aura été consommée. Par exemple, lorsque deux marchands ont contracté société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iraient vendre à la foire de Guibray, il est évident que cette société sera finie lorsqu'ils les y auront toutes vendues."

(84 bis) Acertadas en la medida en que son concordés con el pensatitudo sobre los aprovechamientos de las vacas, debe subsistir sobre los que de éstos queden, independientemente de la suerte que corra la nuda propiedad. Véase la nota (75) y la posible razón de esta extraña solución.

las causas de extinción social. En la primera sede incide ya en el error de afirmar que si perece la aportación hecha a título de goce, el aportante no puede “pretender nada del otro socio”. Equivocación motivada, al parecer, de un lado, por estar absorto en la suerte que en la aportación de goce experimenta la nuda propiedad y de otro por la confusión entre la hipótesis de una sociedad con aportaciones de goce y la considerada “sociedad sobre el precio” en el conocido ejemplo de la ley 58, pr. En la segunda sede, aborda el problema de los riesgos que pueden afectar a una aportación y, en cuanto ésta no es sino una obligación de dar, le aplica los principios generales sobre el “periculum” en estas obligaciones, de suerte que si se prometió cosa específica “casus sentit creditor” y si genérica, y por aplicación del brocardo “genus nunquam perit”, “casus sentit debitor”. Pero las acertadas (84 bis) soluciones de esta parte de la obra de Pothier se perdieron en las sucesivas redacciones del futuro Code, según habremos de ver. De la tercera “sedes materiae”, por último, han surgido tanto el artículo 1.700, número 2, como el 1.701. Aquél, cuya trayectoria desde la ley 63, § 10 del Digesto nunca ha tropezado con la de éste, tiene su fuente en la primera frase con que inicia el estudio de la terminación de la sociedad por pérdida de la cosa y en el ejemplo del asno: si la sociedad se contrae a un objeto y todo este perece, la sociedad, en principio debe extinguirse. Este, el artículo 1.701, trae su causa del párrafo siguiente (numerado como 141 por Pothier) y de los ejemplos de sociedad para aprovechar conjuntamente dos vacas y de sociedad para vender una cuadriga (ley 58, pr. del Digesto). Naturalmente partiendo de tan heterogéneos y anómalos presupuestos el artículo no podía resultar muy acertado. Porque, por la misma confusión entre sociedad de goce y sociedad sobre precio futuro, que ya había anticipado en la primera sede, llega Pothier a la afirmación de que si una aportación no dominical perece, la sociedad se extingue. En otras palabras: el párrafo segundo artículo 1.701 procede de la desacertada extensión que efectúa Pothier de una solución acuñada por la Antigüedad para una sociedad sobre el precio futuro, a una sociedad sobre los aprovechamientos de los bienes aportados. El párrafo primero de nuestro artículo, aunque sin apoyo literal en Pothier, se inspirará en la misma idea que el segundo.

Pero aún hay otro factor que destacar en el jurista galo: y es su visión bilateral de la sociedad, en el sentido de que para Pothier la unión social se da siempre entre dos partes exclusivamente. No lo dice expresamente ni lo hubiera podido decir, porque sabía que la sociedad podía comprender tres o más personas. Pero al exponer, al razonar y sobre todo, al ejemplificar, Pothier está siempre pensando en una sociedad de dos miembros: dos vecinas, dos propietarios,

(84 bis) Acertadas en la medida en que son concordes con el pensamiento tradicional, no en cuanto a la corrección de su fondo, pues insistimos en que no creemos en las excelencias del “casus sentit creditor”, ni siquiera aplicado sólo a las cosas específicas.

dos comerciantes, etc. La consecuencia trascendental de ello será que Pothier olvide y margine el instituto de la resolución parcial, esto es la referida a uno sólo de los socios, permaneciendo el resto vinculados. Su visión, en alguna medida influida por el consabido "intuitus personae" de las sociedades llamadas por ello "personalistas", se heredó, como veremos, por los redactores del Código y nuestro precepto acabó siendo un mar de confusiones. Mas, debemos examinar de cerca esa evolución codificadora.

Pero antes y como resumen del significado de Pothier en la conformación del precepto que nos ocupa, hemos de concluir afirmando que en él confluyen todos los elementos anteriores: la existencia de dos enigmáticos pasajes en el Corpus (en especial el de la "quadriga"), la interpretación del mismo por la glosa como caso de sociedad sobre precio futuro, la aproximación hecha por Domat de los temas de pérdida de una aportación y extinción de la sociedad. Y a estos ingredientes añadirá el magistrado orleanés, fundamentalmente, otros dos: la confusión de la "societas ad vendendam quadrigam" o sobre precio futuro, con la sociedad con aportaciones de goce y la concepción bipolar de la sociedad que le lleva a no prever, apoyado en el "intuitus personae", la resolución parcial.

Los primeros intentos codificadores en el vecino país, no repararon en la cuestión de la pérdida de la aportación y en sus implicaciones en orden a la extinción de la sociedad. Así de los tres proyectos de Cambacères, el primero y el tercero se limitaron a consignar que la sociedad se disuelve por la desaparición de la cosa (85) y el segundo más conciso que los otros dos, pasa por alto toda alusión al perecimiento del patrimonio común (86). El subsiguiente proyecto de Jacqueminot, silencia incluso, como es sabido, toda la materia contractual y, sucesivamente, la relativa a sociedades (87).

Pero en cambio el llamado proyecto primitivo, el debido a la comisión integrada por Tronchet, Bigot-Preameneu, Portalis y Maleville, bajo los auspicios del primer Cónsul sí que recogió preceptos de gran interés para nosotros (88). La huella de Pothier en ellos es in-

(85) Cf. art. 13, 2.º, del primer proyecto, y 936 del tercero. Ambos pueden consultarse en la exhaustiva obra de FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, vol. 1.º, reimpresión de la edición de 1827, por Otto Zeller, Osnabrück, 1968, págs. 82 y 304.

(86) Véanse los arts. 223 a 233 del segundo proyecto, FENET, *op cit.*, eodem volumine, págs. 131 y 132.

(87) FENET, vol. 1.º, págs. 327 a 462.

(88) Sabido es que, aunque en la Constitución del año VIII era el Consejo de Estado, a iniciativa del Gobierno, el encargado de redactar los proyectos de ley, el "Code Civil" fue elaborado por una comisión de técnicos, integrada por Tronchet, presidente del Tribunal de Casación; Bigot-Preameneu, Fiscal General del mismo tribunal; Maleville, Consejero del Tribunal de Casación, y Portalis, Fiscal General del "Tribunal des prises". Este llamado "proyecto primitivo" que hoy adjetivaríamos, con más propiedad, de anteproyecto, fue redactado en cuatro meses y sometido luego al examen del Tribunal de Casación y de las "Cours d'appel". Posteriormente pasó ya, como estaba constitucionalmente ordenado, a la Sección de legislación del Con-

contestable. Así el artículo 54 del título XIX del proyecto (que luego sería el art. 1.865 del texto definitivo) establecía como segunda causa de terminación de la sociedad misma que lo era en las Oeuvres" o sea, la tan conocida de "extinción de la cosa o conclusión del negocio" (89).

Sin embargo en el artículo 57 (que luego sería el 1.867), se contenía un supuesto que ya nos resulta familiar (90): si se contrae sociedad para aportar a ella el precio de la venta a hacer en común de varias cosas pertenecientes a cada socio y la cosa de uno de ellos perece, la sociedad se extingue. Se trataba, como es evidente, del mismo ejemplo de la cuadriga de Celso. Los ilustres redactores del proyecto, no recogieron en este punto las erróneas consideraciones de Pothier sobre extinción de la sociedad si la aportación de goce se destruye, sino que seleccionaron en él la única hipótesis clara y de raigambre al respecto —la de la cuadriga—, a la que también se había referido otro de sus mentores: Domat. Lógicamente, habían generalizado la exposición del supuesto y hablaban de venta de "varias cosas" y no de una anacrónica cuadriga. En cambio, frente a la opinión de Domat, parece que ese acuerdo para vender sí era considerado por los comisionados como una auténtica sociedad (cf. "il a été contracté société..." "... est éteinte.") y por otra parte no se averigua cuál era la "ratio" de la disposición: si tratarse de una sociedad sobre cosa futura (el precio), o si de una sociedad condicionada a la venta, etc.

Por otro lado, Tronchet y sus colegas de Comisión no olvidaron regular el tema de los riesgos que pueden afectar a la obligación de aportar, lo que hubiera sido extraño dado el extenso tratamiento que al punto dedicaba Pothier. El artículo 21, nada más consagrar el principio de que cada socio es deudor hacia la sociedad de todo lo que ha prometido aportar a ella, remite para regular dicha obligación de entrega a la Sección 1.ª del Capítulo II del Libro III, esto es, a los que luego fueron los artículos 1.136 a 1.141 del Código francés

sejo de Estado y a la Asamblea General de éste, a fin de seguir el trámite ordinario de todo proyecto de ley. Del poder ejecutivo (del que el Consejo de Estado formaba parte) se remitió al Cuerpo legislativo, encargado de aprobarlo, si bien, antes de ello, lo debía someter a una especie de parlamento deliberante (no decisorio), el Tribunalado, que evitando al Pleno los apasionamientos de toda discusión, lo convertía en árbitro imparcial de su postura y la del gobierno. Con las conocidas depuraciones de que fueron objeto el Cuerpo legislativo y el Tribunalado y con la práctica de discutir oficiosamente con éste los distintos proyectos que de esta suerte no encontrarían obstáculos, el Código civil de los franceses superó los tropiezos iniciales y pudo ser promulgado unitariamente el 21 de marzo de 1804. Detalles sobre la confección histórica del Código galo pueden verse, por ejemplo, en FENET, *ob.* y como citados, págs. XXXIV a CXXXVIIJ, y en BEAUDANT, Charles, *Cours de Droit Civil Français*, París, 1896, págs. 66 y sigs. del tít. I (Introduction).

(89) Art. 54: "La société finit: ...

2.º Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation."

(90) Art. 57: "S'il a été contracté société pour y mettre le prix de la vente, à faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte."

y 1.094 a 1.097 del nuestro, relativos todos a la obligación de dar. Conteníanse en la sede remitida, aparte otras prescripciones harto conocidas para las obligaciones de entrega, como por ejemplo, la obligación de conservar la cosa como un buen padre de familia, etc., dos artículos que, aunque con distinto origen, insistían en la misma idea: el deudor de la entrega no pecha con los riesgos a menos de incurrir en mora. Es cierto que no se distinguía entre obligaciones genéricas y específicas, pero ello había que achacarlo a un olvido fácilmente subsanable. En definitiva, pues, la obligación de aportar se regulaba en este proyecto primitivo como cualquier otra obligación de dar y los riesgos seguían la regla general de los que afectan a esa índole de obligaciones, si versan sobre cosas específicas: "casus sentit creditor".

Dentro de la información pública a que se sometió el anteproyecto, el Tribunal de casación, advirtió respecto al artículo 57 que era más indicado substituir la hipótesis extraordinaria en él prevista por el caso de una sociedad contraída para la explotación de una fábrica. Si ésta se destruye, la sociedad se extinguiría (91). Y el Tribunal de Toulouse, único que con el anterior reparó en el artículo 57, dijo de él que "parecía inútil" (92).

En el anteproyecto presentado a la deliberación del Consejo de Estado se aceptaba la relación de causas extintivas de la sociedad propuesta por la Comisión Redactora y entre ellas la causa segunda del artículo 54 (que ahora iba numerado como 36) referente a la "extinción de la cosa o terminación del negocio". Como no experimentará ninguna variación de relieve hasta desembocar en nuestro artículo 1.700, número 2, debemos abandonar su trayectoria, una vez demostrado que el artículo 1.701 no se pensó como desarrollo o complemento del mismo.

Por el contrario, en ese anteproyecto que M. Berlier ofrecía a la deliberación del Consejo de Estado el artículo 57 del de la comisión, ahora bajo el número 38, aparecía notablemente alterado. Decía ese nuevo artículo 38 (93) que "la cosa que uno de los socios debía poner en la sociedad y que ha perecido, opera la disolución por relación a todos los socios". He aquí en lo que se había convertido el ejemplo de Celso, adoptado por la Comisión. Seguramente influida por las críticas del Tribunal de Casación y por la del de

(91) El Supremo Tribunal del vecino país proponía como art. 56 que reemplazaría al 57 del proyecto, el siguiente: "S'il a été contracté société pour l'exploitation d'une usine, et que cette usine périsse, la société est éteinte", y razona la sustitución diciendo: "L'exemple d'une usine périe et entraînant la dissolution de la société formée pour son exploitation a paru plus sensible que celui proposé par le projet, qui présente une hypothèse extraordinaire"; FENET, t. II, pág. 735.

(92) "Art. 57. Cet article paraît inutile." FENET, t. V, pág. 623.

(93) Art. 38 del título XIV del Libro III del anteproyecto de Código civil presentando a la discusión del Pleno del Consejo de Estado por M. Berlier el 5 de enero de 1804: "La chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés."

Toulouse, la Sección de legislación del Consejo de Estado, al que la Comisión había entregado su dictamen, para que siguiese el curso correspondiente (94) creyó conveniente si no suprimir, sí al menos generalizar el supuesto excepcional de que partía el artículo 57, para que pudieran incluirse en él otras hipótesis más verosímiles. Seguramente también, se había vuelto a Pothier, al Pothier equivocado de las causas de extinción de la sociedad y sin percatarse, además de que el magistrado de Orleans operaba sobre la base de aportaciones de goce, se dice ahora, con manifiesta falta de sintaxis, que “la cosa perecida extingue la sociedad”. Que se ha acudido a Pothier nuevamente, lo prueba el empleo de la enigmática frase “par rapport à tous les associés”, por relación a todos los socios, que sólo tiene sentido si se está refiriendo a la explicación que daba el jurista galo de por qué si la aportación de goce se imposibilitaba, la sociedad debía extinguirse: porque el socio afectado no tenía ya con qué contribuir y los demás sí. Por eso “en relación con ellos” la sociedad debía disolverse. Que se ha interpretado mal a Pothier, quien a su vez había comprendido mal el precedente romano, lo patentiza el que no se hable de aportación a título de goce, como decíamos, sino de aportación en general, sin distinguir su título, y además empleando una poco ortodoxa frase. El caso es que tampoco podía subsumirse en el nuevo precepto, el ejemplo propuesto por el Tribunal de Casación que se refería a aportaciones ya efectuadas (una fábrica en explotación), con lo que el desacierto del cambio fue total.

Aun así, los miembros del Consejo de Estado no repararon en

(94) Los miembros de la Comisión no estudiaron las observaciones de los tribunales, sino que las unieron a su dictamen y lo trasladaron todo a la Sección de Legislación, donde, sin embargo, debieron estar presentes cuando se produjo la alteración del precepto. Así lo afirma JACQUES MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, París, 1805, pág. xj del prefacio, quien, sin embargo, pese a su privilegiada concurrencia tanto a la Comisión inicial como a las deliberaciones de la Sección del Consejo, no nos aclara nada, en su comentario al art. 1.867 del porqué del cambio, sino que su glosa se expresa en estos términos.

“La propriété d'une chose; il faut que ce soit une chose importante, et qui ait déterminé la société; car dans le cas contraire, ou si l'une des choses promises seulement, et la moins importante, venait à périr, l'associé devrait être admis au remplacement, ou à une indemnité. La loi 63, ult. ff. hinc., dit que la société finit pas la perte de la chose, “si nullae relinquantur vel conditionem mutent”. Et par rapport à la seconde partie de l'article, la loi 5, ff. hic., dit “si frui no liceat”.

Sur la troisième partie de l'article, les lois 58 et 82, ff. hic., décident que si l'argent promis par l'associé, périt avant d'être apporté “in arcam comunem”, la perte en est pour l'associé; si après pour la société.”

Es una lástima que las prevenciones que el ilustre magistrado francés hace respecto de que la cosa perdida ha de ser importante y ha de haber determinado la sociedad, porque si no el socio afectado podría reemplazarla o resarcir el perjuicio, no hayan encontrado ningún resquicio en la letra del precepto. Ello, unido al silencio sobre el cambio de redacción efectuado, nos induce a pensar que Maleville no debió ser autor de ninguna de las versiones del artículo, limitándose a ser un lejano espectador de su evolución.

ese artículo 38, que devino de esta suerte el artículo 36 del proyecto definitivo.

En cambio la Sección de legislación del Tribunado, a la que oficialmente se comunicó el proyecto, enmendó notablemente el artículo (95). En su sesión de 29 de pluvioso del año XII (19 de febrero de 1804), dicha Sección propone una redacción que es, en sustancia, la que ha llegado hasta nosotros. Su enmienda estaba motivada porque le parecía que el artículo 36 del proyecto definitivo no distinguía suficientemente las diversas posibilidades que podían darse. La Sección enmendante estaba desde luego, penetrada de la errónea idea de que la pérdida de una aportación prometida debía disolver la sociedad, tal cual se disponía en el precepto debatido, pero creía que el verbo "devait mettre" (96) del texto no determinaba con precisión el momento hasta el cual la pérdida de la aportación desplegaba sus efectos disolutorios. También se percató de que la fuente pothériana se refería a aportaciones de goce y era preciso destacarlo. Por eso distinguió dos instantes —el anterior y el posterior de la "mise en commun"— y dos modalidades de aportación —la de propiedad y la de goce—. Respecto a esta última especie de aportación, no hacía sino seguir fielmente la confusión de las "Oeuvres", pero en cambio, sobre la aportación dominical nada había dicho Pothier y la Sección del Tribunado tuvo que proceder analógicamente. Si el motivo de que el percimiento de una aportación de goce disuelva la sociedad es el de que el socio incumple una obligación esencial cual es la de aportar, ¿hasta cuándo puede decirse que ha incumplido su obliga-

(95) "L'article 36 du projet —explica el Tribunado— porte: "la chose que l'un des associés dévait mettre dans la société, et qui a péri opère la dissolution de la société."

Lorsque la chose dont l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété même, vient à périr avant que la mise en commun en soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise.

Si la chose dont la propriété même, est mise en commun ne vient à périr qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte tombera alors sur la société qui en est demeurée propriétaire.

Si ce n'est pas la propriété même, mais la seule jouissance, ou les fruits de la chose qui aient été mis en commun, que la chose périsse avant ou après que la mise a été effectuée, la perte de la chose dissout évidemment dans les deux cas la société, puisque dans l'un et dans l'autre l'associé dont la chose à péri ne peut plus contribuer pour rien à faire de mise dans la société, qui ne consistait qu'en fruits ou simple jouissance.

Pour mieux rendre ces idées, on est convenu de la rédaction suivante:

"Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société."

(96) La Sección del Tribunado para destacar la importancia del verbo "devait" lo escribió con otro tipo de letra, al igual que el adverbio "avant" y el participio "apportée", todos ellos expresivos de circunstancia temporal.

ción de aportar si se trata de transferir el dominio? Pues hasta que haya efectuado la entrega y traspasado la propiedad y sus riesgos a la sociedad. Es decir, que dando por sentado que el incumplimiento—voluntario o involuntario— del deber de aportar origina la extinción social, la Sección enmendante extendía esta solución a las aportaciones de propiedad; pero distinguiendo entonces el momento hasta el que se podía afirmar que el socio había incumplido. Sólo que, inadvertidamente, se estaba aceptando que el dominio de lo aportado no se transfería hasta su entrega, en un ordenamiento que se disponía a rechazar la teoría del título y el modo como sistema adquisitivo y a instaurar el principio del consentimiento contractual como suficiente para transmitir la propiedad. Las aporías que plantea este descuido las examinaremos al estudiar nuestro problema en el Derecho francés, pero ahora era obligado destacarlo.

Y con esas desafortunadas enmiendas oficiosas del Tribunalado, el anteproyecto vuelve ya, provisto de segura viabilidad, al Consejo de Estado que no encuentra ninguna dificultad en hacerlo aprobar por el Cuerpo legislativo: en efecto, se designa una comisión, encabezada por M. Treillard, para presentar a dicho Cuerpo el título XIV del Libro III del proyecto de Código civil, intitulado “du Contrat de société”, lo que tiene lugar en la sesión de 10 de ventoso del año XII (1 de marzo de 1804) previa una exposición de motivos, debida a aquel consejero de Estado, cuyo párrafo atinente al artículo 38 confirma lo imbuidos que estaban en la idea de que la destrucción de la aportación comportaba la desaparición de la sociedad y descubre una vez más, cómo se imaginaban siempre supuestos o ejemplos de sólo dos socios (97). El Cuerpo legislativo transmitió al día siguiente y ahora de modo oficial, el proyecto y la exposición de motivos al Tribunalado, en cuya asamblea general celebrada tres días más tarde hace un informe M. Boutteville, quien en lo relativo a nuestro artículo incide en los mismos tópicos ya expuestos (98). Tras la apro-

(97) FENET, t. XIV, pág. 402: “Exposé des Motifs por M. Treillard :

“... La société se compose d'objets mis en commun; s'ils viennent à périr, il est évident qu'il n'y a plus de société. Il n'est pas même nécessaire que tous ces objets périssent pour que la société soi trompue. Si de *deux associés* l'un se trouve dans l'impossibilité d'apporter la chose qu'il avait promise, parce qu'elle n'existe plus, il ne peut plus y avoir de société. Il en est de même lorsque *deux associés* n'ayant mise en commun que des jouissances, en conservant chacun sa propriété, la chose de l'un vient à périr; il n'a a plus de mise de sa part, et par conséquent plus de société...”

(98) FENET, t. XIV, pág. 414-415:

“... Mais lorsque les associés se sont engagés à mettre, ou que chacun a déjà mise une chose en commun, et que celle appartenant à l'un des associés vient à périr, la société est-elle indistinctement et dans tous les cas également dissoute?

Une règle unique, générale et commune ne pourrait être justement appliquée à des conventions et á des cas de nature très différente.

Si ce n'est point la propriété même, citoyens tribuns, mais seulement la jouissance, l'usage ou les fruits de leur chose que les associés ont mis en commun, il n'y a société que pour cette jouissance, pour les fruits; il n'est en ce cas nul besoin d'observer et distinguer le moment où la chose vient à périr. Qu'elle ait ou n'ait pas encore été alors apportée, l'association n'ayant

bación del Tribunado, el proyecto es defendido ante el Cuerpo legislativo por el tribuno Gillet con un escueto discurso que ni roza nuestro precepto, siendo aprobado definitivamente por aquel Cuerpo el 7 de marzo de 1804 y promulgado el 18 del mismo mes y año. Posteriormente el mentado artículo 38 se convirtió, por la ley de refundición en el actual artículo 1.867 del Código civil de los franceses.

Recapitulando un tanto sobre el descrito proceso codificador francés, cabe decir como resumen que en él cristalizaron y aún se acrecieron los errores que habían padecido Domat y Pothier.

De simplemente recoger el ejemplo de Celso-Ulpiano sobre la cuadriga (proyecto de la Comisión), se pasó a afirmar que la pérdida de una aportación prometida motivaba la disolución de la sociedad (proyecto presentado al pleno del Consejo de Estado), y de ahí, a formular los distingos que hoy se aprecian en el artículo 1.867 francés entre aportación dominical y de goce y aportación ("mise") efectuada y no efectuada, en un esquema casi idéntico al de nuestro artículo 1.701.

Las razones de semejante evolución ya han sido conjeturadas: ante las críticas de los Tribunales de Casación y Toulouse a la primitiva redacción, se volvió a acudir a las "Oeuvres" pothierianas, y se extrajo de ellas una regla sólo aplicada por el magistrado orleanés al supuesto de sociedad con aportaciones de goce: "la pérdida de la cosa prometida opera la disolución de la sociedad". Esta tópica conclusión, así como las variaciones y distinciones que en ella introdujo el Tribunado se aceptan acriticamente por todos los que, de un modo o de otro, intervinieron en la elaboración del Code, lo que sólo podía obedecer al peso doctrinal de Pothier, a la aludida visión *dual* de la sociedad y, sobre todo, a la precipitación con que hubo de llevarse a cabo la gestación del Código napoleónico.

La crítica por no reparar en tan infundado precepto, no debe ser, con todo, muy acerba para los codificadores franceses, si sopesamos la magnitud de su obra y las indicadas premuras de tiempo con que operaron; pero hoy, que el análisis pormenorizado de los preceptos lo permite y exige, es preciso desvelar los equívocos padecidos, cara

pour objet qu'une jouissance ou des fruits, dès que la chose n'existe plus qu'il n'y a plus de jouissance possible, plus de fruits à recueillir, conséquemment plus de mise en société de la part de l'un des associés, il est évident que la chose périt pour celui à qui elle appartenait, et que dans les deux cas il n'existe plus de société.

Mais si c'est la propriété même de la chose qui a été ou dû être mise en commun, l'on sent combien il importe de distinguer si la chose a déjà ou n'a pas encore été apportée à la société lorsqu'elle vient à périr.

Au premier cas, la chose, en le conçoit, périt pour le compte de la société, puisqu'elle en est devenue propriétaire, et l'extinction ou la perte de la chose ne peut, ne doit pas opérer la dissolution de la société.

Dans le deuxième cas, non seulement l'associé demeuré propriétaire de la chose en supporte nécessairement la perte, mais il suit encore qu'il ne peut plus exister de société du moment que cet associé est dans l'impossibilité de réaliser sa mise et de contribuer au fonds de la société..."

a intentar una interpretación aprovechable de aquéllos y cara, sobre todo, a una reforma del derecho de sociedades, ya en marcha entre nosotros (99).

B) Codificación española

Si tenemos en cuenta que el historiado artículo 1.867 francés dispone:

“Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société”.

Y lo comparamos con nuestro artículo 1.701, nos percataremos de que bien poco ha añadido o modificado en su contenido el proceso codificador español. De todos modos, aunque esta fase podría quedar analizada en dos líneas nunca resulta ocioso rastrear un precepto codificado, con algún pormenor, aunque no sea sino para constatar las opciones que rechazaron nuestros legisladores o las fuentes directas en que se inspiraron.

Comenzando por el Proyecto de 1851 (100), su artículo 1.596 disponía: “la sociedad se disuelve cuando alguno de los socios ha prometido aportar a ella la propiedad de una cosa y ésta se pierde antes de haber sido aportada, pero no si se perdió después” (101).

Sorprende la reducción que este artículo ha operado del modelo francés y, a primera vista, se piensa que en ello ha podido ser precedido por alguno de los otros cuerpos legales que Goyena cita como precedentes: Código napolitano (art. 1.739); Código sardo (art. 1.890), Código de la Luisiana (art. 2.849), Código del Cantón de Vaud (artículo 1.341) y Código holandés (art. 1.685); pero todos ellos calcan literalmente el patrón francés, con la excepción del de Luisiana, que en su artículo 2.850, según nos lo transcribe Duranton (102), retorna al texto del proyecto primitivo galo, tal cual lo propuso la Comisión presidida por Tronchet (103).

(99) Vide infra, cap. VII, nota 214 .

(100) Sabido es que el Proyecto de 1821 no llegó a ocuparse de los contratos y que los proyectos de Gorosabel y Cambrónero no parecen haber influido en absoluto en nuestra línea legislativa.

(101) Se cita, al igual que los comentarios de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, según la obra de este último, *Concordancias, Motivos y Comentarios al Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, págs. 28-29.

(102) DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, t. IX, Bruselas, Société belge de librairie, 1841, pág. 486.

(103) Efectivamente, los arts. 2.850-51 del Código de Luisiana —siempre según la transcripción de Duranton— (y no el art. 2.849, como indica Goyena), disponen: “s'il a été contracté pour mettre le prix de la vente à

Constituye, pues, una originalidad que hay que atribuir al proyecto de 1851 esta de reducir a un sólo párrafo los tres del Código napoleónico y la de prever sólo el caso de aportaciones en propiedad.

Goyena parece justificar de algún modo la novedad diciendo que “la mayor expresión del artículo francés se halla también embebida en el espíritu del nuestro” (104).

El frecuentemente silenciado proyecto de Código Rural de 1876, uno de tantos fracasados intentos de elaborar un “Código civil por partes”, reproduce literalmente el correspondiente artículo del Proyecto de 1851, sin reparar prosiblemente en su contenido (105).

faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé et que la chose de l'un d'eux perisse, la société est éteinte”, precepto literalmente igual (salvo en el pronombre “y”) que el de la Comisión redactora del *Côte*, transcrito supra nota 90, cap. IV, 3, A. Si efectivamente Goyena y sus colaboradores tuvieron a la vista este Código de Luisiana, es evidente que prefirieron, sin demasiado acierto, el texto definitivo del artículo francés al inicialmente propuesto que, como dicho queda en su lugar, se ajusta más a la lógica y a los preceptos romanos.

(104) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, pág. 28:

“El 1.867 francés —decía Goyena— conviene en la primera parte de nuestro artículo y añade: se disuelve también la sociedad por la pérdida posterior de la cosa, cuando sólo han sido aportado a la sociedad su goce, quedando la propiedad en manos del asociado: esta mayor expresión del artículo francés se halla también embebida en el espíritu del nuestro.”

Y más adelante, después de afirmar con notoria inexactitud que “este artículo es una amplificación del número 2 del 1.595” (hoy art. 1.700, 2.º), comenta la expresión “la propiedad de una cosa” en los siguientes términos:

“Estas palabras dan a entender claramente que cuando no se comunica a la sociedad la propiedad de la cosa, importa poco que haya perecido antes o después de haber sido aportada. En ambos casos perecerá para el socio propietario y la sociedad se disolverá porque fue limitada a los frutos o utilidades de la cosa y si ésta pereció no podía producirlos.

Si la sociedad comprendía la propiedad misma de la cosa, conviene distinguir, si ésta ha perecido antes o después de haber sido aportada.

Si antes, perece para el socio que conserva la propiedad hasta el momento de aportarla por la escritura, según el núm. 3 del art. 1.003 (hoy la referencia sería el art. 1.667), pero de éste se sigue que no puede ya existir la sociedad, pues que el socio se ve en la imposibilidad de traer al fondo social lo que prometió.

Si después, perece para la sociedad que es ya su propietaria, pero la pérdida de la cosa no debe ni puede causar, en este caso, la disolución de la sociedad, a menos que ésta se hallase limitada exclusivamente a la misma cosa.”

Dejando a un lado lo infundado que resulta sostener que porque el artículo haga mención de “la propiedad de la cosa”, haya de entenderse que si se aporta sólo su goce y se pierde, la sociedad se disuelve en cualquier caso, es curioso resaltar que para Goyena la aportación en propiedad se efectúa por “la escritura” conforme al núm. 3.º del art. 1.003, lo que induce a considerarle consciente de la contradicción que luego examinaremos en la doctrina francesa entre un artículo que parece transmitir los riesgos de la aportación con la entrega de la cosa y un sistema (que era también, no se olvide, el del proyecto de 1851), que transfiere la propiedad por el solo consentimiento de los contratantes.

(105) En efecto, prescribía el art. 314 del proyecto de Código rural presentado al Congreso por Manuel Danvila el 27 de abril de 1876, que “la sociedad se disuelve, cuando alguno de los socios ha prometido aportar a ella la propiedad de una cosa y ésta se pierde antes de haber sido aportada,

Posteriormente, sin embargo, el que Peña ha llamado con justeza "Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)" (106), no reitera la concisa solución del Proyecto de 1851, sino que retorna al más extenso artículo 1.867 francés, pero no directamente, sino, si hemos de hacer caso de sus redactores, a través del Anteproyecto Belga de Laurent.

En efecto, el artículo 39 del título relativo a la sociedad, incluido en el fascículo 3.º del proyectado Libro IV (107) se expresa ya en términos exactamente iguales al artículo 1.701 vigente. Y en la anotación correspondiente a ese artículo 49 se cita como única fuente inspiradora (108) el artículo 1.908 del Anteproyecto Belga de Laurent (109) del que se toma fundamentalmente la precisión de que la

pero no si se perdió después". Este olvidado proyecto, reproducido en el "Diario de las Sesiones de Cortes" (Congreso), legislatura de 1.878, fecha de 8 de marzo, como apéndice segundo al núm. 14, merecería un estudio detenido de sus motivaciones y de su posible influjo posterior, que, a juzgar por nuestro precipitado examen, parece ser muy escaso, sobre todo en el punto concreto que estudiamos.

(106) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, en volúmenes editados por la Junta de Decanos de los Colegios notariales de España, con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, Sec. IV (Fuentes y Bibliografía), Vol. I, Madrid, 1965.

(107) *El Anteproyecto...*, cit., págs. 653-654.

(108) Hemos repasado alguna de las otras fuentes que influyeron en nuestro Anteproyecto y parece que, efectivamente, ninguna otra de ellas se tuvo en cuenta al confeccionar el que luego sería art. 1.701.

Así, ni el propio Código napoleónico que, aparte de no emplear el adjetivo "especifica", utiliza otra construcción gramatical, ni el art. 1.731 del "Codice Civile" de 1865, del que cabe decir lo mismo, ni el art. 1.275 del Código portugués de 1.867 ("... fica, porem, sem efeito, se, prometendo algum dos socios conferir a propriedade ou o uso dalguna cousa essencial à existencia da sociedade a entrega dessa propriedade ou dêsse uso não chegar a realizarse"), de ubicación y contextura distintas, ni el art. 2.012 del Código chileno de 1855, cuya solución mucho más correcta, aunque no perfecta, tampoco se tuvo en cuenta, ni el art. 1.773 del Código argentino de 1869, ni el art. 1.927 del Código uruguayo de 1868, etc., ninguno de los cuales reproducimos ahora para no transformar esta nota en un pequeño capítulo de Derecho comparado; en cualquier caso, es lástima que el anteproyecto no haya tenido en cuenta el Derecho hispanoamericano, en aquel momento el más progresivo, al regular la disolución de la sociedad por pérdida de una aportación.

(109) Rezaba de esta manera el art. 1.908 del Anteproyecto belga: "Cuando la cosa *especifica* perece *antes de que la sociedad llegue a ser propietaria de ella*, su pérdida produce la disolución de la sociedad.

También se disuelve la sociedad en todo caso por la pérdida de la cosa, cuando reservándose su propiedad el socio que la aporta sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce de la misma.

Pero no se disuelve la sociedad por la pérdida de la cosa cuando ésta ocurre *después de que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella* (el subrayado es nuestro).

El pensamiento del apasionado jurista belga al redactar este precepto, creemos que es legítimo buscarlo en sus *Principes de Droit Civil Français*, tercera ed., Bruselas-París, 1878, t. XXVI, págs. 279 a 289 y 381 a 383, redactados pocos años antes que el Anteproyecto y a los que pretendía ajustar, según el "Avant-Propos" del t. I, el proyecto que ya le había encargado el Ministro de Justicia; en dichas páginas se descubre que no obedece a inadvertencia el que ese art. 1.908 distinga entre "antes de que la sociedad

cosa a que se refiere el primer párrafo del hoy 1.701 ha de ser una cosa *específica*.

En resumen, la Sección Civil de la Comisión General de Códigos tenía a su vista (o afirma tener) muchos cuerpos legales de derecho civil que normaban el supuesto de pérdida de una aportación y su repercusión en la vida de la sociedad con mayor acierto que el modelo francés, pero se decidió a seguir éste, con la sola variante lógica que le ofrecía el "non nato" anteproyecto belga de no aplicar el primer párrafo más que a las cosas específicas.

Ello evidencia, aparte lo más o menos penetrados que pudieran estar nuestros legisladores, de que era *esencial* a la sociedad una aportación por parte de cada socio, so pena de dejar de existir aquélla, el respeto y la atracción, casi místicos, que seguía ofreciendo la inmortal obra de Napoleón, sobre todo en preceptos como el nuestro, de justificación y sentido poco diáfanos.

En cualquier caso, el artículo 39 del Anteproyecto de 1882-1888 se convirtió, sin retoques como hemos dicho, en el artículo 1.701 del vigente Código civil.

Antes, sin embargo, de intentar desmontar y superar todo el arrastre histórico que encierra ese precepto, debemos examinar rápidamente el estado de semejante problema en los principales ordenamientos extranjeros, por si algunas de sus soluciones pudieran aprovecharnos.

llegue a ser propietaria" y "después que haya adquirido la propiedad de la cosa", porque Laurent era consciente de que según el sistema de transmisión francés la propiedad se adquiría por el simple consentimiento, y desde ese momento el acreedor de cualquier prestación de dar corría con los riesgos de la cosa. Por eso interpretó que la "mise en commun" del precepto francés al que seguía, equivalía, en términos más precisos, a "tránsito de la propiedad" y como éste advenía "nudo consensu", sólo era aplicable el art. 1.867, 1.º, galo a los supuestos de aportación condicionada o a término, de sociedad toda ella sujeta a condición y de aportación hecha sin que el socio aportante ostentase todavía la propiedad de lo permitido. Sin embargo, el artículo 39 de nuestro anteproyecto prefirió (lo que no es intrascendente) seguir hablando de "entrega" y no de "traspaso de propiedad", entañando ello entre nosotros una menor contradicción que entre nuestros vecinos transpirenaicos. De otro lado, el profesor de Gante se percató de que no es idéntico el régimen de las cosas específicas que el de las genéricas (págs. 283-84), por lo que se cuida de adjetivar que el primer párrafo se refiere sólo a las primeras, observación aceptada por nuestros legisladores y que contradice la interpretación de De Buen expuesta supra pág. 10.

Por último, digamos que para Laurent (pág. 286), la aportación que nosotros hemos denominado "de goce" no comprendía la aportación de un usufructo que, por ser derecho real, seguía la misma suerte que las aportaciones de propiedad, sino tan sólo las aportaciones de un derecho personal de "jouissance"; sólo que en su Anteproyecto no se cuidó de resaltarlo expresamente, hablando genéricamente de "goce", y no parece quedar eco de su restricción en la copia española.

V. RECURSO AL DERECHO COMPARADO

1. DERECHO FRANCÉS

En el país vecino el transcrito artículo 1.867 origina, como ya hemos apuntado, un problema que no se da entre nosotros. En efecto, el Código de Napoleón, culminando la orientación bizantina hacia la espiritualización de la "traditio", consagró el sistema de adquisición de la propiedad por el sólo consentimiento de los contratantes (110). Pues bien, la inclusión en ese sistema de una norma, el artículo 1.867, surgida en otro distinto (el del título y modo romanos) y transformada por juristas educados en este último (Domat, Pothier e incluso gran parte de los redactores del C^ode), no podía menos de suscitar una contradicción y disonancia internas que causó la perplejidad de la doctrina.

Los antiguos expositores y comentaristas del Código galo reflejan ya el desconcierto provocado y mientras unos, mercantilistas en especial (111), consideran que el artículo 1.867 ha derogado, en tema de sociedad, los principios generales de transmisión de la propiedad, supeditando el tránsito dominical de la aportación a su entrega, otros, preferentemente civilistas, se esfuerzan por encontrarle un ámbito de aplicación lógico al primer párrafo del precepto (112). Los tratadistas posteriores e incluso los más recientes, no parecen haber añadido nada nuevo al respecto y se limitan a reproducir la doctrina

(110) El art. 711 y, sobre todo, el 1.138, aparte otros tangenciales, así lo declaran manifiestamente; este último artículo, como es sabido, dispone: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes."

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le debitur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

(111) PARDESSUS, J. M., *Cours de Droit Commercial*, 6.^a ed. t. III, París, 1857, págs. 37 a 38; ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce*, 3.^a edición, t. II, París, 1879, págs. 153-54, y, en general, los autores citados por PONT, Paul, *Explication du Code Napoleon*, t. VII, París, 1872, pág. 267, nota (3).

(112) Mientras Duranton, consciente de las transformaciones que sufrió el proyecto, lo sacrifica, sin demasiadas razones, al principio general que pone los riesgos de cargo del acreedor nada más perfecto el contrato, DELVINCOURT (cit. por DURANTON, *Cours...*, cit., t. IX, pág. 393, nota 1), cree que el primer párrafo del art. 1.867 sólo puede referirse a la hipótesis de que el socio aportante no fuera aún propietario de su aportación, y TOULLIER, (*Droit Civil français*, t. VII, 5.^a ed., París, 1830, págs. 530-43), al supuesto en que se deban aportar cosas genéricas aún sin especificar. Para PONT (*ob. cit.*, págs. 257-85, especialmente págs. 270-71), el primer párrafo del art. 1.867 contempla, además del ejemplo de Delvincourt, los casos de sociedad o aportación condicional y también de aportación sujeta a término o a "pactum displicentiae", y ya vimos que LAURENT (*ob. cit.*, págs. 282-83) se pronunciaba en términos muy parecidos.

de sus predecesores (113, algunas veces, eso sí, lamentando el arcaísmo del precepto cuestionado (114).

En conclusión, poca luz nos arroja la doctrina franco-belga (115) examinada, pues el problema en ella suscitado por el artículo 1.867 y la transmisión consensual de la propiedad nos resulta extraño a nosotros; las consideraciones marginales sobre inclusión de la aportación usufructuaria en el primer párrafo de aquel precepto, y no en el segundo y sobre equiparación entre pérdida de la cosa y evicción, no se nos antojan, por otra parte, muy fundadas.

(113) HUC, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil* tomo II, París, 1898, págs. 146-50, considera originalmente que si el aportante aplaza la transmisión de la propiedad (no si la condiciona, etc.), como el riesgo sigue siendo del acreedor, tendrá aquél una cuota en la liquidación de la sociedad, solución parecida a la que vimos sostenían entre nosotros, SOTO NIETO y PUIG BRUTAU (vide supra págs. 8 y sigs.).

BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civile*, tr. it. de Bonfante, Pacchioni y Sraffa, t. XXIII, Milán, 1914, páginas 267-71, incide en las mismas aplicaciones tantas veces repetidas (aportación a sociedad bajo condición, aportación de género, etc.) y cree, por otra parte, que la evicción total debe equipararse a la pérdida de la cosa; también, como la mayor parte de la doctrina francesa, incluye la aportación de usufructo en el régimen del párrafo primero del art. 1.867, reservando para su segundo párrafo la aportación de un derecho personal únicamente.

Ni MOREAU, André *Les sociétés civiles*, París, 1957, pág. 195, ni LEMEUNIER, Francis, *Porquoi et comment constituer une société civile?*, París, 1970, letra G, llegan a cuestionarse el problema del art. 1.867.

NETTRE, G., en el *Juris-Classeur Civil*, arts. 1.848 a 1.895 del "Code Civil", ap. "Des différentes manières dont finit la société", 5, 1964 (actualizado a 1967), fascículo I, págs. 6 y 7, tras repetir, citando a Aubry et Rau y a Houpin-Bosvieux, los conocidos supuestos de aplicación del primer párrafo, recoge una vieja resolución del Tribunal de Casación de 10-I-1898 (Daloz, 99, 1, 62), según la que, pese al tenor del art. 1.867, son los jueces los que soberanamente deben apreciar si el socio se encuentra o no en la imposibilidad de efectuar su aportación. En parecidos términos se expresa el *Repertoire pratique du droit belge*, t. XII, Bruselas-París, 1951, pág. 162.

(114) Así PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 10.^a edición, t. 2.^o, París, 1926, pág. 684, inicia una actitud crítica diciendo: "Cet article assez mal rédigé d'ailleurs est dépourvu d'utilité pratique...", "il est impossible de concevoir une perte fortuite survenant entre le contrat et la réalisation de l'apport". En su *Traité pratique de droit civil français*, hecho en colaboración con Ripert y completado por una pléyade de ilustres juristas, tr. de Mario Díaz Cruz, t. XI, La Habana, 1946, pág. 319, se expresa, sin embargo, más suavemente y admite que el primer párrafo del art. 1.867 puede actuar "sobre todo en caso de que los interesados hayan retrasado voluntariamente, por medio de una cláusula expresa la transmisión de la propiedad" o en los casos de "venditio rei alienae".

JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Droit Civil*, 3.^a ed., Daloz, París, 1967, página 236, sostiene escuetamente que la causa de disolución contenida en el artículo 1.867 "est sans application pratique".

Maurice y Robert DEVOS, en su colaboración al volumen *Theorie et pratique des sociétés civiles*, elaborado con motivo del LXVII Congreso de los Notarios de Francia, Biarritz, 1970, pág. 264, afirma que los términos del artículos 1.867 "nous paraissent passablement archaïques".

(115) Efectivamente, hemos implicado conscientemente autores franceses y belgas, dada la identidad absoluta de su Derecho en este punto.

2. DERECHO ITALIANO

En el Derecho italiano es preciso distinguir, como en tantas ocasiones, dos etapas: la del Código de 1865 y la del Código de 1942.

El artículo 1.731 del Codice civile de 1865 prácticamente transcribía el 1.867 napoleónico (116), pero acentuando todavía más en su primer párrafo, con la inclusión del adverbio "realmente", la indicada contradicción que suponía el precepto con respecto al sistema adquisitivo de la propiedad, también consensual en Italia.

En la doctrina, asimismo, se siguen las huellas de los autores franceses, de suerte que Lomonaco (117), inspirándose en Aubry y Rau, afirma que el primer párrafo del artículo 1.731 sólo será aplicable en las hipótesis excepcionales en que la propiedad no se transmite por el solo efecto del contrato, v. gr., "collatio rei alineae", aportación condicional, etc. La misma solución admite implícitamente Ruggiero (118).

Interesante es la opinión de Borsari, quien comentando "in extenso" nuestro artículo y tras afirmar que su punto de partida lo constituye la obligación de cada socio de aportar algo, llega a preguntarse: "¿y por qué la sociedad se disuelve con relación a todos los socios?, ¿no bastaría que lo fuese con relación a aquel solo socio que no ha podido cumplir su promesa?, ¿por qué la sociedad no sigue entre los otros?". Y se contesta: no, porque el precepto responde a "un modo de considerar la sociedad como un todo armónico, por decirlo así, como un conjunto de voluntad que se deshace faltando a la unión cualquiera de la compañía o cualquiera de las aportaciones ya previstas en la convención; la sociedad puede rehacerse, pero no es ya aquélla" (119). Con relación al segundo párrafo del 1.731 dice más adelante: ¿por qué la sociedad debe cesar por la pérdida de la aportación de goce?, y concluye: "la razón más convincente, pese a su sutileza, puede ser ésta. Que el usufructo sobre la propiedad del socio (de donde nace el goce) no se adquiere más que en un momento sucesivo, al madurar los frutos y continuar existiendo la propiedad, y lo que se refiere a un momento futuro no ha entrado nunca en la sociedad. De donde no se trata de una

(116) Art. 1.731: "Se uno dei soci ha promesso di mettere in comunione la proprietà d'una cosa e questa perisce prima che sia stata realmente conferita, la società rimane sciolta riguardo a tutti i soci."

Perimente rimane sciolta in qualunque caso per la perdita della cosa, quando il solo godimento fu posto in comunione e la proprietà é rimasta presso del socio.

Ma non rimane sciolta per la perdita della cosa la cui proprietà fu già conferita nella società" (el subrayado es nuestro).

(117) LOMONACO, Giovanni, *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, 2.^a edición, vol VI, Nápoles, 1895, pág. 410.

(118) RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil* (tr. de la 4.^a edición, it. por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, vol. 2.^o, Madrid, Reus, 1931, págs. 533-34. Vide, también, STOLFI, Nicolà, *Diritto Civile*, vol. 4.^o, Torino, 1934, pág. 579.

(119) BORSARI, Luigi, *Commentario del Codice civile italiano*, vol. 4.^o, Torino, 1878, pág. 1008.

aportación ya efectuada, sino de una aportación que no ha sido hecha todavía y, perecida la fuente de los frutos, no pueden estos producirse" (120). Por lo demás y siguiendo a Pardessus (con lo que vemos que en la antigua doctrina italiana se marcaban las dos mismas tendencias que en Francia), cree que la propiedad en materia de sociedad —que es, a su juicio, un contrato real—, se transfiere por la tradición de la cosa aportada, en contraste con el sistema general del Codice. Así lo prueba, según él, las claras palabras del artículo 1.731: "prima que sia stata *realmente conferita...*", "fu già *conferita...*", etc.

El nuevo Código civil italiano de 1942 ha significado, cual es sabido, una auténtica renovación del derecho de sociedades y, en especial de nuestra materia, por lo que hemos de analizarlo con cierto detenimiento.

Dado el carácter de empresa colectiva que las más de las veces entraña una sociedad, el nuevo Código ha regulado a ésta dentro del Libro V, relativo al trabajo (121); de otra parte, ha separado las variadas figuras de colaboración que suelen darse en la empresa agraria (aparcería, "soccida", etc.), de la sociedad propiamente dicha la cual, además, es tratada en título distinto del de las sociedades cooperativas y sociedades mutuas, y del de las asociaciones en participación; dentro ya de las genuinas sociedades, ha refundido las sociedades civiles y las mercantiles en una categoría única, en cuyo seno, sin embargo, pervive aquella distinción, pues aunque las sociedades de capitales (sociedad por acciones, en comandita por acciones y de responsabilidad limitada) son siempre mercantiles, sujetas, por tanto, al estatuto del comerciante (registro, sometimiento a quiebra, contabilidad, etc.), las sociedades de personas pueden ser también comerciantes (sociedad colectiva o en comandita simple) o no serlo ("società semplice"). Esta última, que debe perseguir una finalidad económica, pero no comercial, es la heredera legítima de la sociedad civil del viejo Código y en la que propiamente debemos rastrear la suerte de nuestro proyecto.

Los artículos clave son ahora los numerados como 2.254 y 2.286, que rezan así:

Art. 2.254: "Per le cose conferite in proprietà la garanzia dovuta dal socio e il passaggio dei rischi sono regolati dalle norme sulla vendita.

Il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio que le ha conferito. La garanzia per il godimento é regolata dalle norme sulla locazione."

Art. 2.286: "L'esclusione di un socio può avere luogo per gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale, nonché per l'interdizione, l'inabilitazione del socio o per la

(120) *Ob. cit.*, pág. 1009.

(121) Para la crítica de ésta sistemática, vide ad ex., BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, t. IV, contratos, tr. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, págs. 314-15.

sua condamna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici.

Il socio che ha conferito nella società la propria opera o il godimento di una cosa può altresì essere escluso per la sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera conferita o per il perimento della cosa dovuto a causa non imputabile agli amministratori.

Parimenti può essere escluso il socio che si é obbligato con il conferimento a trasferire la proprietà di una cosa, se questa è perital prima che la proprietà sia acquistata alla società."

El primer precepto es la depuración del que entre nosotros constituye el 1.687 y el segundo, incluido, y esto es muy importante no en la sección relativa a la "disolución de la sociedad", sino en la que lleva por título "Dello scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio, es, genuinamente, el trasunto del antiguo artículo 1.731 del Código de 1865 (1.701 del nuestro) (122).

Veamos, en primer lugar, qué se dispone en el Código de 1942 respecto al "periculum" de la aportación en propiedad.

Por lo pronto, comentando el artículo 2.254, la doctrina subraya que la referencia que en su primer párrafo se hace a las normas de la compraventa sobre el paso de los riesgos, dado que éstas sólo existen en supuestos muy particulares (venta con reserva de dominio y venta sobre documentos), hay que entenderla hecha a los artículos que regulan el tránsito de la propiedad y de los riesgos en los contratos traslativos en general y, en concreto, al artículo 1.465 (123).

Según este precepto remitido, los riesgos de la aportación dominical gravitan sobre la sociedad desde la estipulación del contrato, a menos que se trate de cosas determinadas sólo por el género y cuya especificación tenga lugar mediante la entrega, supuesto en el que es ésta la que determina el tránsito del "periculum" (124).

Por su parte, el artículo 2.286, en su último párrafo, regula la exclusión de un socio cuya aportación ha perecido antes de que hubiese transferido la propiedad de la misma, cuestión bien distinta de la afrontada por el 2.254, 1.º, puesto que ahora se trata de una aportación todavía no efectuada.

(122) Ambos artículos se complementan fundamentalmente, según hemos de ver: el primero, con los arts. 1.463 a 1.466, que norman la teoría general de la imposibilidad sobrevenida de una prestación, y el segundo, con los artículos 2.287 a 2.290, que regulan el procedimiento y consecuencias de la exclusión del socio por perecimiento de su aportación.

(123) FERRI, Giuseppe, *Delle società*, en *Commentario del Codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, libro V, del lavoro, arts. 2.247 a 2.324, Bologna-Roma, 1957, pág. 86; FERRARA, Francesco (jr.), *Gli imprenditori e la società* (Apunti), Giuffrè, Milano, 1952, pág. 215; COSTI, Renzo, *Società in generale —società di persone—. Associazioni in partecipazione*, Torino, 1967, pág. 147.

(124) FERRI, *ob. cit.*, pág. 86-87; COSTI, *ob. cit.*, pág. 147; GHIDINI, Mario, *Società personali*, Padova, Cedam, 1972, págs. 159-160; GALGANO, Francesco, *La società di persone*, en el *Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori Antonio Cicu y Francesco Messineo*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 148.

Sobre este párrafo final del 2.286 la doctrina apenas ha reparado y se limita a decir que se funda en el principio de que no es posible una participación en la sociedad sin aportación (125), que constituye una hipótesis de imposibilidad sobrevenida de la prestación (126) o que el perecimiento a que alude el precepto puede ser total o parcial (127). Sólo Costi, cita, entre paréntesis, dos ejemplos que, a su juicio, podrían incluirse en ese último párrafo del 2.286: aportación de una cosa ajena y aportación de una cosa futura (128).

Efectivamente, para que ese tercer párrafo del artículo 2.286 tuviera sentido, es preciso partir de que existe una sociedad (porque si no es inimaginable su disolución, aunque sea parcial) y de que, pese al carácter inmediatamente real del contrato de sociedad, la propiedad de la aportación periclitada no se haya transmitido. Ambas exigencias se cumplen, efectivamente, en la aportación de una cosa ajena y de una cosa futura (129), y lo mismo cabría decir en la de una cosa genérica y en los hipotéticos casos de aportación con reserva temporal del dominio o sometida a la aprobación y agrado de los demás socios (129 bis).

Cabe concluir, pues, que, respecto a la aportación dominical, la fundamental distinción entre el régimen del antiguo y el del nuevo código, no estriba en los supuestos de hecho que originaban o no la disolución (pues se observa que son prácticamente los mismos), sino en el alcance de esa disolución, referida exclusivamente al socio afectado y sujeta a un procedimiento para su declaración al que luego someramente aludiremos.

Por lo que se refiere a la aportación a título de goce (130), el régimen del riesgo, como advierte Ghidini (131), no se regula, cual

(125) FERRI, *ob. cit.*, pág. 246.

(126) GALGANO, *ob. cit.*, pág. 274.

(127) GHIDINI, *ob. cit.*, pág. 561.

(128) COSTI, *ob. cit.*

(129) Para las dudas que suscita este tipo de aportación, véase GHIDINI, *obra citada*, pág. 125.

(129 bis) INNOCENTI, Osmida, *La exclusión del socio*, tr. y notas de Juan Majem Morgades, ed. AHR, Barcelona, 1958, págs. 121-22, reconoce al socio excluido, una cuota de liquidación, que si bien nunca puede dar en su favor saldo positivo, bien puede hacerle participar en alguna deuda contraída en esa fase incipiente de la sociedad.

(130) En la que la doctrina sólo incluye la aportación de derechos personales de disfrute.

(131) GHIDINI, *ob. cit.*, pág. 160, advierte además este autor, con agudeza, en dicho lugar, que existen matices diferenciales entre el régimen de los riesgos de la cosa arrendada y el de la cosa aportada a título de goce.

En efecto, según el art. 1.588, relativo "alla perdita e deterioramento della cosa locata", los riesgos por tales eventos los soporta el arrendatario, que para exonerarse debe probar que acaecieron por causa que no le era imputable (v. gr. caso fortuito, vicio de la cosa, etc.). En cambio, en el caso de aportación de goce, el riesgo de la pérdida o deterioro se encuentra a cargo del socio, ya provenga de caso fortuito, ya del hecho de un tercero y sólo puede sustraerse al "periculum" probando que "il perimento della cosa era "dovuto a causa imputabile agli amministratorio (cf. art. 2.286, 2.º párrafo). Hay una notable y no muy justificada, creemos nosotros, inversión de

ocurre con el régimen del saneamiento, mediante una remisión a las normas del arrendamiento, sino que el artículo 2.254 expresamente dispone que: "il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio che le ha conferite" (132).

Consiguientemente si la cosa aportada en goce perece por causa no imputable a los administradores, puede ocurrir que el socio la reponga, si lo desea él y lo aceptan los demás (133), o que se ponga en marcha el mecanismo de exclusión previsto en los artículos 2.286 y siguientes, cuya exégesis ya ha provocado en la doctrina italiana abundante literatura (134) y una acabada elaboración dogmática (135).

la carga de la prueba y una reducción de la "materia probandi" que queda circunscrita a si la destrucción se debió a culpa procedente de los administradores (y no v. gr. de un tercero, etc.).

(132) FERRI, *ob. cit.*, pág. 88, cree subsistentes y perfectamente aplicables hoy los casos regulados por el Código derogado de 1865 (y también por nuestro art. 1.867), de aportación de cosas consumibles, deteriorables, "vendendas" o estimadas, las cuales, como ocurre en el llamado cuasiusufructo, parecen implicar normalmente el tránsito del poder de disposición y, en general, de la propiedad de aquéllas, de suerte que la sociedad, como propietaria, soportará el riesgo y no habrá lugar a que opere el art. 2.286, 2.º

(133) Así, al menos, lo entiende FERRI, *ob. cit.*, págs. 88-89.

(134) Aparte las obras ya citadas, cabe reseñar como trabajos específicamente dedicados a la exclusión de un socio, aunque con especial atención a la motivada por su incumplimiento y sin apenas rozar a la fundada en la imposibilidad sobrevenida de la aportación, los siguientes: ALFIERI, *Natura e effetti delle sentenze di esclusione di un socio*, en *Foro Paduano*, 1950, tomo I, pág. 1275; ANDRIOLI, *Competenza a sospendere la deliberazione di esclusione di un socio dalla società in nome collettivo*, en *Foro Italiano*, 1949, tomo I, pág. 1140; ARENA, *Sul cosiddetto concorso de l'esclusiones giudiziale e del recesso di un socio da una società collettiva*, en *Foro italiano*, 1960, IV, página 152; ASCARELLI, *In tema di esclusione di socio e di arbitrato libero*, en *Foro Italiano*, 1960, I, pág. 329; AULETTA, *Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1955, página 525; el mismo, *Deroghe contrattuali alla disciplina dell'esclusione nelle società di persone*, en *Annali del Sem. giur. dell'Università di Catania*, tomo II (1947-48), Nápoles, 1948, pág. 143; el mismo, *Il diritto assoluto di esclusione nelle società di persone*, en *Studi in onore di Carnelutti*, III, Padova, 1950, pág. 667; el mismo, *Deferimento ad arbitri delle controversie sull'esclusione dei soci*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 1950, pág. 1106; CAMPAGNA, *Recesso ed esclusione in una società personale di due soci*, en *Temi*, 1953, pág. 487; CARNELUTTI, *Note intorno alla sospensione della deliberazione di esclusione di un socio de una società di persone*, en *Riv. dir. proc.*, 1949, II, pág. 251; DALMARTELLO, *L'esclusione del socio*, Padova, 1938; el mismo, *Possesso di cose sociali da parte del socio escluso e azione di reintegrazione*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, pág. 218; DE FERRA, *Scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio e liquidazione della quota*, en *Foro Italiano*, 1957, I, pág. 666; D'ONOFRIO, *Partecipazione del socio da escludersi all'assemblea deliberante sulla esclusione*, en *Dir. fall.*, 1951, II, pág. 65; el mismo, *Ancora non de mea re sine me a proposito della espulsione del socio nelle società di persone*, en *Dir. fall.*, 1952, tomo II, pág. 597; el mismo, *Ancora una parola sul procedimento di esclusione del socio nella società di persone*, en *Dir. fall.*, 1953, II, pág. 145; A. FERRARA, *Le deliberazioni di esclusione dei soci e il sindacato giudiziario*, en *Riv. Dir. comm.*, 1931, II, pág. 244; FIORENTINO, *Esclusione di un socio amministratore e azione di spoglio*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, pági-

La totalidad de la doctrina italiana parece estar de acuerdo con la bondad de dicha solución y vincula la exclusión de un socio a la pérdida de su aportación de goce; incluso Ghidini subraya, en su apoyo, el carácter continuado de dicha aportación, en cuya virtud el socio no sólo aporta “uno actu” su derecho limitado, sino que está permanentemente obligado a asegurar a la sociedad el disfrute reiterado de la cosa. “Si esta obligación continua —viene, en definitiva, a decirnos— se imposibilita sobrevenidamente, resulta equitativo desde el punto de vista del sinalagma funcional que el socio sea apartado de la sociedad” (136).

nas 628 y sigs.; GIORDANO, *Concorso tra una causa di esclusione ed una di recesso da una società personale*, en *Riv. dir. comm.* 1955, II, pág. 349; GRECO, *Detenzione e reintegrazione nei rapporti tra società e socio escluso*, en *Riv. dir. comm.*, 1948, II, pág. 64; INNOCENTI, *L'esclusione del socio*, Padova, 1956; MARTORANO, *esclusione del socio ed arbitrato*, en *Foro Italiano*, 1965, I, pág. 279; MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950; RAMELLA, *Dell' esclusione dei soci nelle società e associazioni*, en *Rivista cir. comm.*, 1914, II, pág. 146; ROCCHI, *In tema di esclusione del socio di società*, en *Foro italiano*, 1952, I, pág. 1246; SIMONETTO, *In tema di esclusione del socio*, en *Riv. dir. civ.*, 1960, II, pág. 50.

(135) En efecto, se ha construido ya toda una teoría general sobre la exclusión de un socio, distinguiendo en ella tres variedades:

- A) La exclusión voluntaria.
- B) La exclusión judicial, prevista en el art. 2.287.
- C) La exclusión de derecho legal, contemplada por el art. 2.288.

A su vez, la exclusión voluntaria, única que por ahora nos interesa, puede obedecer:

a) A una causa genérica que es el “grave incumplimiento de las obligaciones que derivan de la ley o del contrato social”.

b) A causas específicas, previstas concretamente por el art. 2.286, a saber:

a') La interdicción o la inhabilitación del socio o su condena a una pena que implique su interdicción, aunque sólo sea temporal, de los oficios públicos.

b') La sobrevenida inidoneidad para desplegar los servicios prometidos.

c') El perecimiento de la cosa (debido a causa no imputable a los administradores), cuando el objeto de la aportación del socio era el solo goce de la cosa.

d') El perecimiento de la cosa acaecido antes de que la sociedad hubiese adquirido su propiedad cuando es ésta lo que había prometido el socio.

Fácilmente se advierte que son las causas epigrafiadas como sub c') y sub d') las que nos interesan, por insertarse propiamente en nuestra línea argumental.

En estas dos hipótesis el socio al que afectan puede ser excluido (él sólo y sin que ello implique disolución de la sociedad, sino con respecto a él), a través de un procedimiento regulado en el art. 2.287: aprobación por la mayoría de los socios computados por cabezas y sin comprender en la deliberación al socio a excluir; efectividad inmediata de la exclusión una vez transcurridos treinta días desde la comunicación al socio afectado de la decisión de excluirle; posible oposición judicial, dentro de tal plazo por parte del socio excluido, cabiendo que el juez suspenda la ejecución, etc.

Si la sociedad se compone de sólo dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede decretarse por el tribunal a instancia del otro.

Por último, se prevé en el art. 2.289 la liquidación de la cuota del socio excluido y en el 2.290 la pervivencia de la responsabilidad del mismo o de sus herederos.

(136) *Ob. cit.*, pág. 160, donde se recoge la opinión parcialmente diver-

Y, sin embargo, no parece que este razonamiento y esta conclusión sean dignos de importarse a nuestro derecho, porque no se ve un motivo serio que justifique aplicar a la aportación de goce, en cuanto a ese goce, una solución distinta de la prevista para la aportación dominical. Si el socio se desprendió, constituyéndolo o transmitiéndolo, de su derecho limitado de disfrute sobre una cosa, la suerte de ese derecho limitado debiera ser pareja a la del derecho pleno por excelencia. La visión del goce como una situación permanente sustentada y protegida por el propietario responde a concepciones históricas superadas, que no deben fundamentar hoy ninguna solución normativa. Insistiremos sobre este punto en nuestras conclusiones.

Por todo cuanto hemos dicho sobre el Derecho italiano actual se deduce:

1.º Lo enormemente interesante de su solución de no decretar la disolución total de la sociedad por pérdida de una aportación, sino referirla exclusivamente al socio afectado.

2.º Lo acertado también del mecanismo de exclusión del socio imposibilitado de cumplir, perfectible quizá requiriendo para ello unanimidad y no mayoría en los demás miembros de la sociedad.

3.º Las incorrecciones que, en nuestra opinión, se advierten todavía, al no anudar el tránsito de los riesgos al de la posesión de la cosa y al hacer gravitar sobre el socio el peligro de su aportación de goce ya efectuada.

3. DERECHO ALEMÁN

El Derecho alemán que, de ningún modo puede incluirse entre los que siguieron el patrón napoleónico, regula con personalidad propia en los §§ 705 a 740 del B. G. B., la que podríamos calificar como sociedad civil.

De dicha regulación nos interesan ahora el § 726, que vincula la disolución a la posibilidad o imposibilidad de alcanzar el fin del contrato (137); el § 723, que permite a cualquier socio denunciar unilateralmente la sociedad, si se imposibilita una obligación esencial de otro miembro (138); el § 732, que niega al socio aportante del

gente de BOLAFFI, *La società semplice*, Milán, 1947, págs. 190 y sigs., quien considera, con mayor acierto, a nuestro juicio, que Ghidini, que es la sociedad la deudora de la restitución y no el socio deudor de un goce continuado, por lo que si aquella restitución se imposibilita sobrevenidamente es a la sociedad y no al socio, al que corresponde demostrar que ello acaeció fortuitamente. Pero en ningún momento llega Bolaffi, quizá porque se lo impide la dicción de la ley, a pensar que el riesgo de la aportación de goce grave o deba gravitar sobre la necesidad.

(137) En efecto, el § 726, con fórmula muy superior a la de nuestro artículo 1.700, 2.º, del que, de alguna manera es paralelo, dispone: "La sociedad termina si es lograda la finalidad pactada o si se ha hecho imposible el logro de la misma." Citado, como todos los demás, según la conocida traducción de Carlos Melón Infante, ed. Bosch, Barcelona, 1955.

(138) § 723: "Si la sociedad no está contraída para un tiempo determinado, cada socio puede denunciarla en todo momento. Si está señalada una

simple aprovechamiento, derecho a exigir indemnización a la sociedad por pérdida o menoscabo fortuito de la cosa (139), y el § 707, que exige al socio de reponer la inversión aminorada por pérdida (140).

A la vista de todos estos preceptos, Hedemann ha defendido que “no obsta a la continuación de la sociedad el hecho de que llegue a ser imposible la prestación prometida por alguno de los socios”, a menos que esta imposibilidad acarree, al mismo tiempo, la imposibilidad de alcanzar el fin social, en cuyo caso se aplicaría el referido § 726 (141). Y añade el profesor berlinés que “el socio cuya prestación se ha hecho imposible no sólo pertenece a la sociedad, sino que conserva íntegramente su derecho a la participación en las ganancias hechas con anterioridad”, eso sí, mientras los otros socios no hagan uso de la facultad de denuncia que les consiente el § 723, mecanismo mucho más recomendable para estos eventos, que la resolución (142). De estas palabras de Hedemann se deduce: que la denuncia unilateral por imposibilidad de la aportación de otro socio no es automática, sino provocada, y que no es absolutamente incompatible con la petición de resolución, pero a cambio deja muchos puntos en la sombra: v. gr., si esta dudosa resolución sería parcial o total, cuándo se debe considerar imposibilitada una prestación en perjuicio del socio y cuándo en perjuicio del común de miembros (143), qué ocurre con la aportación de goce fortuitamente destruida, etcétera, etc.

Más explícito se muestra Enneccerus, para quien son aplicables a la sociedad en constitución las disposiciones sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación en general (§§ 323 y sigs.), pero no así a las sociedades llevadas ya a ejecución, en las que el derecho de resolución parece sustituido por el derecho de denuncia derivado del § 723, que se ajusta más a la esencia de la sociedad y que evita las confusiones que desencadenaría una retroactiva resolución. Y añade seguidamente que también es dudosa la aplicación del § 323 (relativo a la resolución), *cuando existen más de dos socios y se*

duración, la denuncia es admisible antes del transcurso del tiempo, si existe un motivo importante; especialmente existe semejante motivo si otro socio contraviene dolosamente o con culpa grave una obligación esencial que le incumbe según el contrato de sociedad o si el cumplimiento de semejante obligación se hace imposible...”

(139) § 732: “Los objetos que un socio ha cedido para su aprovechamiento a la sociedad, han de restituirsele. *No puede exigir indemnización por un objeto perdido o menoscabado por caso fortuito.*”

(140) “Un socio no está obligado al aumento de la aportación *pactada ni al complemento de la inversión aminorada por pérdida.*”

(141) HEDEMANN, Justus W., *Derecho de Obligaciones*, tr. y notas de Jaime Santos Briz, ed. R.D.P., Madrid, 1958, vol. II, pág. 465.

(142) *Ob. cit.*, pág. 465.

(143) Es sabido que la sociedad del Bürgerliches Gesetzbuch, a diferencia de las asociaciones (“Vereine”), reguladas en los parágrafos 21 y sigs., carecen de personalidad jurídica, pero ello no es obstáculo para que los riesgos puedan traspasarse de un solo socio al conjunto de todos ellos, a la comunidad “zur gesamten Hand” que constituye el patrimonio social.

hace imposible fortuitamente, en todo o en parte, el deber de aportación de sólo uno de ellos. En este caso, concluye, ha de suponerse que también los otros se liberan totalmente o en parte correlativa, de su deber de aportación y, por cierto, no sólo hacia el liberado por la imposibilidad, sino frente a todos los socios. Si por esto el fin de la sociedad resulta inasequible, ésta se disuelve (§ 726), pero, aunque así no sea, habrá con frecuencia una causa para la denuncia anticipada (§ 723, ap. 1) (144).

En otra parte, y tratando de las diferencias entre “societas quoad sortem” y “societas quoad usum”, afirmaba el ilustre profesor de Marburg: “en la societas ‘quoad sortem’ el riesgo se transfiere a todos los socios, y, según la opinión exacta, como en la compraventa, desde la entrega de la cosa... (§ 446). Por el contrario, en la ‘societas quoad usum’ soporta el riesgo el socio aportante, aun después de haberse hecho común el uso, pero no está obligado a aportar otro objeto para sustituir el perecido o menoscabado” (§ 707). Y añadía en la nota (6): “En vista del § 707 y de la intención presunta de las partes, no puedo admitir que, a consecuencia de ello, el socio pierda también (según el § 323 y correlativamente al arrendamiento) en una parte correlativa el derecho a la contraprestación (a la cuota de ganancia). Aunque la pérdida de la cosa afecte al mismo socio singular, la pérdida del uso tiene que afectar a todos ellos.” Y cita como opiniones coincidentes con la suya la de Planck, Schollmeyer, Kuhlnebeck y, como contraria, la de Oertmann (145).

Resumiendo, para Enneccerus, la aportación dominical se regula, en cuanto a los riesgos, por los parágrafos 446 y siguientes (146), según los que la entrega o, en su caso, la inscripción, son decisivos, y en la aportación de goce, en cambio, parece distinguir entre el “periculum rei”, que incidiría sobre el socio, y el “periculum usus”, que afecta a todos los miembros. Si la imposibilidad sobrevenida, en ambas modalidades de aportación, acontece antes de la entrega y recae, por tanto, sobre el aportante, y la sociedad es de sólo dos socios, el otro no afectado puede instar la resolución del contrato; si la sociedad cuenta con más de dos miembros, es dudoso si se podrá instar la resolución (que sería total) o bien la denuncia, prevista por el parágrafo 723, cuyo efecto alcanza también a toda la sociedad.

No cabe duda que esta desproporcionada repercusión en el devenir social de la simple pérdida de una aportación es el punto más

(144) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, 11.ª edición, revisada por Lehmann, tr. de la 35.ª ed. por Blas Pérez González y José Alguer, ed. Bosch, Barcelona, 1935, pág. 391.

(145) ENNECCERUS, *ob. cit.*, pág. 394. La referencia a Planck está hecha, sin duda, a su glosa al § 707, núm. 4 de los Planck's Kommentar, 4.ª edición, páginas 1913 y sigs.; la de SCHOLLMAYER al *Komentar des Beckischen Verlags*, Obligaciones I, 1900; la de KUHLENECH a *Das B. G.*, 2.ª ed., 1903, y la de OERTMANN a sus *Komentar des Schuldsrechts*, 5.ª ed., 1928, ninguna de las cuales citas hemos podido constatar.

(146) § 446: “Con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de la pérdida fortuita y de un menoscabo fortuito. Desde la entrega corresponden los provechos al comprador y él soporta las cargas de la cosa.

débil de la construcción de Ennecerus y, en general, del Bürgerliches Gesetzbuch, a quien aquél interpreta, a nuestro juicio, fidedignamente.

Coinciden con el parecer de Ennecerus otros muchos comentaristas posteriores, que forman una doctrina prácticamente unánime en Alemania (147).

4. DERECHO SUIZO

El Código civil suizo de las Obligaciones de 30 de marzo de 1911, y dentro del título XXIII, relativo a la sociedad simple, dispone en su artículo 531, párrafo 3.º, que "las reglas del arrendamiento se aplican por analogía a los riesgos y a la garantía de los que cada socio resulta obligado cuando la aportación consiste en el goce de una cosa, y las reglas de la venta, cuando la aportación se refiere a la propiedad misma de la cosa" (148).

Los comentarios que sobre este párrafo hemos podido consultar no son muy esclarecedores. Zeller-Rahn (149) se limita a remitir a los artículos 185 (150) y 220 (151), que norman los riesgos en la compraventa, y a los artículos 254 a 258 y 271, que regulan el riesgo en el arrendamiento (152), y añade que si se trata de bienes produc-

(147) Así, Otto Mühl, en sus comentarios a los párrafos 611-853 del B. G. B. incluidos en el *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Soergel-Siebert, t. 3, Schuldrecht, II, ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlín-Köln-Mainz, 1969, pág. 499, núm. 16 y 500, núm. 25, distingue en las aportaciones de goce entre "die Gefahr del Einlage", riesgo de la aportación en sí, soportado por el aportante, y "die Benutzungsgefahr" o riesgo del goce, que incide sobre la sociedad. También sostiene aquel docto magistrado, siguiendo a Stand-Kebler, que si el aportante de goce tenía asegurada su aportación, "die Versicherungssumme", la suma asegurada debe ser empleada en una nueva aportación fructífera. Vide también la opinión de KARL GEILER y ERNS KEBLER, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, parte 4.ª, fascículo 1.º, Berlín, 1958, pág. 2168, núm. 38 ii) y bibliografía ahí citada, así como págs. 2123-2125, núm. 18, donde se formulan interesantes consideraciones sobre la facultad de denuncia unilateral por imposibilidad.

(148) Al igual que todos los demás, citado, con traducción personal, según la edición de Georg & Cie., Ginebra, s. f., pág. 159 de la versión francesa.

(149) ZELLER-RAHN, Henri, *La société simple, la société en nom collectif et la société en commandite*, dentro del *Commentaire du Code Fédéral des obligations*, de A. Schneider y H. Fiek, vol. II, Neuchatel, 1916, págs. 7 y 8.

(150) Art. 185: "Les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières.

Si la chose n'est déterminée que par son genre il faut en outre qu'elle ait été individualisée; si elle doit être expédiée, dans un autre lieu, il faut que le vendeur s'en soit dessaisi à cet effet.

Dans les contrats faits sous condition suspensive, les profits et les risques de la chose aliénée ne passent à l'acquéreur que dès l'accomplissement de la condition."

(151) Art. 220: "Lorsqu'un terme a été fixé conventionnellement pour la prise de possession de l'immeuble vendu les profits et les risques de la chose sont présumés ne passer à l'acquéreur que dès l'échéance de ce terme."

(152) De todos ellos interesan realmente el art. 255:

tivos se aplicarán las reglas de los arrendamientos rústicos, artículos 277 a 280 y 283 a 285 (153).

Y Virgilio Rossel, afirma por lo que se refiere a las aportaciones de goce, que, dada la ausencia de normas específicas que regulen los riesgos en el usufructo, le serán a éste aplicables las mismas que para el arrendamiento, y remite igualmente, para la aportación en propiedad, al artículo 185 (153 bis).

Esta antigua doctrina que únicamente nos ha sido posible manejar, aparte no precisar con claridad cuál es el criterio que rige los riesgos en la compraventa y en el arrendamiento, no aborda tampoco la cuestión de qué efecto produce en la suerte de la sociedad la imposibilidad sobrevenida de la aportación de un socio y si se arbitrará en tal caso una resolución parcial o total del contrato.

El admirable Código federal suizo de Obligaciones no nos parece en este punto digno de imitación (154). Quizá la principal enseñanza que podemos extraer del derecho helvético, que no es poca, es la de no regular los riesgos de las diferentes modalidades de aportación mediante remisiones y, sobre todo, mediante remisiones a otros contratos en particular (compraventa, arrendamiento), cuyo régimen en cuanto al "periculum" diste de ser diáfano (155).

5. DERECHO PORTUGUÉS

El reciente Código civil portugués, aprobado por Decreto-Ley de 25 de noviembre de 1966, presenta una regulación de nuestro problema muy semejante a la del derecho italiano, en el que sin duda, se inspira.

Su artículo 984 dispone que:

"Si, durant le bail, la chose tombe dans un état tel qu'elle ne puisse servir à l'usage pour lequel elle a été louée, ou que cet usage soit notablement amoindri, sans que le preneur en soit responsable celui-ci a le droit d'exiger une réduction proportionnelle du loyer, et même de déparir du contrat lorsque la chose n'est pas remise en état dans un délai convenable.

Le bailleur doit des dommages-intérêts, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable."

Y el art. 257, 1.º: "Le preneur qui, par sa propre faute ou par suite d'un cas fortuit survenu dans sa personne, ne peut se servir de la chose louée ou n'en peut faire qu'un usage restreint n'en doit pas moins acquitter toute ses contreprestations, en tant que la chose a été tenue à sa disposition par le bailleur, pour l'usage convenu", precepto que en alguna medida parece contradecirse con el art. 255 transcrito.

(153) Que contiene reglas esencialmente idénticas a las del arrendamiento común.

(153 bis) VIRGILE ROSSEL, *Manuel du Droit Fédéral des obligation*, t. I, Lausanne-Genève, 1920, pág. 626.

(154) Paralelo del art. 531 suizo es, lógicamente, el art. 521 del Código turco de las obligaciones de 1926, que, asimismo, remite con idéntica poca fortuna a la compraventa y al arrendamiento. Vide la ed. de Rizzo, Constantinopla, 1927, pág. 108.

(155) Cf., a este respecto, los arts. 31 de nuestra L. S. A. de 17 de julio de 1951 y 8 de la L. S. R. L. de 17 de julio de 1953 y lo que luego se dirá sobre ellas y sobre el proyecto de ley de sociedades.

“La ejecución de la prestación, la garantía y el *riesgo* de la cosa se regulan en los términos siguientes:

a) Si la aportación consiste en la transferencia o constitución de un derecho real, por las normas del contrato de compraventa.

b) Si el socio simplemente se obliga a facilitar a la sociedad el uso y disfrute de una cosa, por las normas del contrato de arrendamiento.

c) Si la aportación consiste en la transferencia de un crédito o de una posición contractual, por las normas respectivamente, de la cesión de créditos o de la cesión de contratos, presumiéndose que el socio garantiza la solvencia del deudor” (156).

Y ello se complementa con el artículo 1.003, letra d) que dispone:

“La exclusión de un socio puede darse en los casos previstos en el contrato y, además, en los siguientes:

d) Cuando, por causa no imputable a los administradores, se verifica el perecimiento de la cosa o derecho que constituía la aportación del socio, en los términos del artículo siguiente”.

Y ese artículo siguiente, numerado como 1.004, reza así:

“El perecimiento sobrevenido de la cosa es fundamento de exclusión del socio:

a) Si la aportación consiste en la transferencia o constitución de un derecho real sobre la cosa y ésta perece antes de la entrega.

b) Si el socio ingresó en la sociedad sólo con el uso o disfrute de la cosa perdida” (157).

Las consideraciones que antes hicimos sobre el derecho italiano aprovechan “*mutatis mutandis*” para esta excelente regulación lusitana de nuestro problema. En ella se confirma una vez más, que la imposibilidad sobrevenida de una prestación sólo debe originar, en buena lógica, la exclusión del socio afectado.

(156) Extraído, como todos los restantes y según traducción propia, de la edición revisada por F. A. Pires de Lima, Coimbra, editora limitada, 1967.

(157) El régimen sobre la exclusión de un socio se complementa en su regulación con los arts. 1.005 y 1.006 que disponen:

Art. 1.005: “1. La exclusión depende del voto de la mayoría de los socios, no incluyendo en el número de estos al socio afectado, y produce efectos transcurridos treinta días desde la fecha de la correspondiente comunicación al excluido.

2. El derecho de oposición del socio excluido caduca transcurrido el plazo referido en el número anterior.

3. Si la sociedad tuviera solamente dos socios, la exclusión de cualquiera de ellos sólo puede ser pronunciada por el tribunal.”

Art. 1.006: “1. La exoneración o exclusión no exime al socio de la responsabilidad frente a terceros por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento en que la exoneración o exclusión produce sus efectos.

2. La exoneración y la exclusión que no estuvieran sujetas a registro no son oponibles a terceros que, sin culpa, las ignoraban al tiempo en que contrataran con la sociedad; se considera siempre culposa la ignorancia si al acto le fue dada la publicidad conveniente.”

6. DERECHO HISPANOAMERICANO

Dentro del Derecho hispanoamericano, los Códigos civiles civiles de las diferentes repúblicas acogen soluciones a veces interesantes para nuestro problema.

Dejando a un lado el Código civil de Puerto Rico, copia fidedigna del nuestro (158), el de Venezuela, que lo es, en el punto que nos afecta, del Código italiano de 1.865 (159) el de Bolivia, trasunto del napoleónico (160) y el de Perú, que pese a sus excelentes modelos y pese a conocer el instituto de la resolución parcial sigue decretando, por la simple pérdida de una aportación, la de toda sociedad (161), nos interesan primordialmente dos regulaciones de indudable personalidad: la chilena y la argentina.

Comenzando, como más antiguo, por el Código de Andrés Bello, su artículo 2.084 dispone que:

“Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad, según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirlas en especie. Si sólo se aporta el usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa no imputables a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte. Si este consiste en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas o cuyo precio se ha fijado en común acuerdo, en materiales de fábrica o artículos de venta, pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta, con la obligación de res-

(158) Su art. 1.592 es reproducción literal, como todo el cuerpo legal, de nuestro artículo 1.701. Véase la edición del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de Félix Ochoteco, jr., Madrid, 1960.

(159) El art. 1.736 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela de 1922, es traducción exacta del ya comentado art. 1.731 italiano de 1865. Vide la edición oficial del Código de Venezuela, hecha por “Litografía del Comercio”, Caracas, 1923, pág. 285.

(160) Los arts. 1.230 y 1.231 del Código civil de Bolivia de 1831-1846, traducen, apenas sin variantes, el 1.867 francés. Dicen así aquellos preceptos del Código “Santa Cruz”:

Art. 1.230: “Cuando uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa y ésta se pierde antes que lo haya verificado, produce la disolución de la compañía con respecto a todos los socios.”

Art. 1.231: “Se disuelve igualmente la compañía por la pérdida de la cosa cuyo usufructo solamente se ha puesto en común. Mas no se disuelve por la pérdida de la cosa cuya propiedad se ha puesto ya en la compañía.” Cf. ed. del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de Carlos Terrazas Torres, Madrid, 1959, pág. 162.

(161) Efectivamente, el Código civil peruano de 1936 sigue la pauta, a veces muy meritoriamente, de tres notables cuerpos legislativos: el Código civil alemán, los códigos civil y de obligaciones suizos y el Código civil brasileño, y aunque prevé una serie de causas, por las que el contrato se “rescinde” parcialmente (art. 1.713, en cuyo núm. 5 podría forzarse la inclusión de nuestra hipótesis), dispone en el art. 1.715:

“Si uno de los socios promete poner en común la propiedad de un bien, y éste se pierde antes de verificarse la entrega, se disuelve el contrato respecto de todos los socios”, disposición tanto más extraña cuanto ni distingue entre bienes muebles e inmuebles, siendo así que su ley transmisoria es distinta en el Código peruano (consentimiento y tradición respectivamente: arts. 1.172,

tituir al socio su valor..." (162). Complementátese este artículo con el 2.102, a cuyo tenor:

"Si un socio ha aportado la propiedad de una cosa subsiste la sociedad, aunque esta cosa perezca, a menos que sin ella no pueda continuar útilmente. Si sólo ha aportado el usufructo, la pérdida de la cosa fructuaria, disuelve la sociedad, a menos que el socio aportante la responga a satisfacción de los consocios, o que éstos determinen continuar la sociedad sin ella."

No precisa el Código chileno qué ocurre si la cosa prometida parece *antes* de que se haya aportado la propiedad (lo que sólo tiene lugar cuando haya mediado la tradición: art. 588), pero es fácil integrar la solución desde el momento en que el citado artículo 2.084, consagra el principio "*periculum est creditoris*". De suerte que en la aportación a título de dominio, es la sociedad la que soporta los riesgos desde la perfección del contrato, háyase o no seguido la tradición. Desaparece así, respecto de dicho tipo de aportación toda cuestión sobre resolución total o parcial de la sociedad: aunque una aportación se destruya, aquella pervive, a menos que sin la cosa perdida "no pueda continuar útilmente".

Pero si respecto a la aportación dominical Andrés Bello supo, aun conservando el principio "*res perit creditori*", desprenderse de la absurda conclusión disolutoria que, para el caso de imposibilidad de una prestación, le ofrecían todos los modelos codificados de su época, respecto de la aportación en usufructo (designación equívoca y poca técnica), el peso de la tradición lastra todavía la solución chilena. La pérdida de la cosa fructuaria —establece el reproducido artículo 2.012—, disuelve la sociedad; ahora bien el ilustre jurista venezolano, intentó paliar lo injustificado de la fórmula, añadiendo dos salvedades: la sociedad no se disuelve si el socio aportante repone la cosa fructuaria perdida, a satisfacción de los consorcios o si éstos determinan continuar la sociedad sin ella. Esta última posibilidad no aclara si el socio afectado sigue perteneciendo o no a la sociedad y suscita múltiples dudas en punto al modo de adoptar el acuerdo de continuación, pero, con todo, la regulación andina de nuestro problema se muestra muy superior a la que cuarenta y tantos años más tarde habríamos de adoptar nosotros (163).

1.173 y 1.175). Véase la edición, una vez más, debida a la encomiable labor del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de José León Barrantiarán, Madrid, 1952, pág. 209.

(162) Citado con arreglo a la edición del Instituto de Cultura Hispánica, precedida de un estudio preliminar de Pedro Lira Urquieta, Madrid, 1961, página 389. Las "reglas generales" sobre el "*periculum*" a que alude el precepto se contiene fundamentalmente en los arts. 1.547, 1.550, 1.510, 1.820, 1.821, etc.

(163) El Código colombiano de 1887, copia exacta del chileno, ofrece, lógicamente, una idéntica normación de nuestro extremo en los arts. 2.110 y 2.218. Vide la ed., una vez más, debida al Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de Alfonso Uribe Misas, Madrid, 1963, págs. 346-47 y 350. Lo mismo cabe decir del Código de la República de El Salvador de 1859 y de sus arts. 1.842 y 1.860, ed. del Instituto de Cultura Hispánica, con estudio

Lo mismo cabe decir y aún con mayor razón de la regulación argentina. El notable y prolijo Código platense de 1869 se ocupa de la sociedad civil en los artículos 1.648 a 1.788. De tan copioso caudal nos interesan el artículo 1.654, cláusula 5.^a (164), el artículo 1.706 (165), el artículo 1.735, causa 2.^a (166) y los artículos 1.772 y 1.773 (167).

De su combinación resulta que, por lo que hace a la aportación en propiedad, el Código de Vélez Sársfield no contiene ninguna prescripción específica en punto a riesgos, por lo que habrá que estar a los principios generales, los cuales, pese a que también en Argentina se transmite la propiedad mediante la tradición, atribuyen el "periculum" al acreedor (art: 513) desde la perfección del contrato. Por lo que a la aportación de goce concierne, el artículo 1.706 decreta que es de cuenta del aportante la pérdida total o parcial de aquélla, aunque no sería muy difícil interpretar este precepto como referido tan sólo al "periculum rei", sin aludir por tanto al riesgo del goce.

Pues bien, cuando el socio deba soportar los riesgos e, imposibilitada su prestación, quepa decir que ha incumplido su obligación de aportar, el Código argentino es el primero de los cuerpos civiles que ordena claramente la sola resolución parcial del contrato, o sea la simple resolución referida al socio incumplidor (arts. 1.735-2.º y 1.773). Pero ello no se produce automáticamente, sino que es preciso que *todos* los demás socios acuerden que quieren continuar la relación social, con exclusión del que dejó de realizar su prestación, propósito que, a nuestro juicio, bien podría inferirse de meros "facta concludentia". Insistimos en que esta regulación antecedió en veinte

preliminar de Mauricio Guzmán, Madrid, 1959, págs. 319 y 322. Muy similar es también el régimen vigente en Costa Rica, en virtud del art. 1.241 del Código civil de 1.887; cf. la ed. perteneciente a la "Biblioteca de Derecho Vigente en Costa Rica", dirigida por el Lic. don Luis Castro Saboría, tipografía Lehmann, San José de Costa Rica, 1916, pág. 282.

(164) Art. 1.654: "Son válidas las estipulaciones siguientes: ... 5.^a: Que, consistiendo la prestación de algún socio en el uso o goce de una cosa, la pérdida de los bienes de la sociedad quede a cargo sólo de los otros socios." Vid. ed. Instituto de Cultura Hispánica, con estudio preliminar de José María Mustapich, Madrid, 1960.

(165) Art. 1.706: "Si la prestación fuere del uso o goce de los bienes, el socio que la hubiese hecho continuará siendo propietario de ellos, y es de su cuenta la pérdida total o parcial de tales bienes, cuando no fuese imputable a la sociedad o a alguno de los socios y disuelta la sociedad podrá exigir la restitución de ellos en el estado en que se hallaren."

(166) Art. 1.735, núm. 2: "Habrá justa causa para la exclusión de algún socio de la sociedad: ... 2.º cuando no cumplierse alguna de sus obligaciones para con la sociedad, *tenga o no culpa.*"

(167) Art. 1.772: "Concluye también la sociedad, por la pérdida de la propiedad o del uso de la cosa que constituía el fondo con el cual obraba o cuando se perdiera una parte tan principal que la sociedad no pudiese llenar sin ella el fin para que fue constituida."

Art. 1.773: "No realizándose la prestación de uno de los socios, *por cualquier causa que fuere*, la sociedad se disolverá si todos los otros socios no quisieren continuarla, con exclusión del socio que dejó de realizar la prestación a que se había obligado."

años a la de nuestro Código, cuyo anteproyecto además afirma haberla tenido a la vista.

VI. RELATIVO SILENCIO JURISPRUDENCIAL

No resulta sorprendente a la vista de las razones que dábamos en el capítulo inicial de nuestro trabajo, que ningún fallo de nuestro Tribunal Supremo haya tenido ocasión de aplicar plena y directamente el artículo 1.701.

Existen sí, algunas sentencias que rozan el tema de la fuerza mayor incidente sobre una sociedad (cuestión propia del art. 1.700-2.º), pero no sobre una aportación en trance de ser consumada (párrafo primero del art. 1.701) (168).

No obstante, hay dos sentencias que discurren muy próximas al supuesto de hecho de nuestro artículo en su párrafo segundo, si bien ninguna, por las razones que se verán arrojan excesiva luz sobre la inteligencia de su sentido. Las sentencias indicadas son las de 4 de octubre de 1952 y la de 10 de octubre de 1956.

En la primera el asunto era el siguiente: el actor, Sr. Liesa, y el demandado, Sr. Miranda, habían celebrado un contrato de sociedad civil para la explotación conjunta de una finca rústica, propiedad de doña Pilar Castro. El señor Miranda aportó la simple posesión de la finca que le había sido concedida interinamente por su propietaria, y el señor Liesa, sus conocimientos prácticos y su trabajo en la explotación. Posteriormente, la propietaria y el señor Miranda suscriben un contrato de arrendamiento de la finca en el que se prohíbe al arrendatario el subarriendo, cesión o traspaso de sus derechos.

El T. S. entiende que hubo sociedad sólo hasta el momento de suscripción del contrato arrendaticio, porque entonces fue cuando Miranda "cesó en aquella posesión interina de la finca que había venido disfrutando, cuya posesión fue sustituida por la posesión arrendaticia que obtuvo por el contrato expresado, pero sujeta esta nueva posesión a las prohibiciones mencionadas, y al extinguirse el único derecho aportado por Miranda a la sociedad, quedó ésta sin contenido y extinguido el negocio que la motivó, por lo que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1.700 del Código civil".

(168) Así, por ejemplo, la S. de 10 de junio de 1955 decide que, "aunque la guerra civil motivase la ausencia del país de uno de los socios, y su inhibición en la gestión del negocio común, no puede considerarse aplicable la causa segunda de disolución prevista por el art. 1.700 ("o se consuma el negocio que le sirva de objeto"), si una de las sucursales o establecimientos, dirigido por el otro socio, marchaba prósperamente". Y la S. de 8 de marzo de 1954 dispone que, "invertido el montante del préstamo hecho por uno de los socios a la sociedad en la adquisición de ganado, éste pertenece a la sociedad, no únicamente al socio prestamista y la sociedad debe pechar con la pérdida originada por fuerza mayor (guerra civil) repercutiéndola en los socios, proporcionalmente a su participación, según prescriben el artículo 1.687, 2.º, y el art. 1.689 del C. c."

Efectivamente, parece que en la presente sentencia nos encontramos con una aportación a título de goce, la constituida por la posesión interina de una finca rústica, y que esa aportación se imposibilita sobrevenida y fortuitamente, ya que como el propio Supremo reconoce la posesión "no terminó por el arbitrio de Miranda, sino porque la propietaria en uso de su derecho, acordó que aquél cesase en la posesión interina de la misma y le prohibió ceder la posesión arrendaticia que por el expresado contrato le confirió...". Se trata, pues, del hecho de un tercero el que hace imposible la aportación de goce.

Pero ante tal circunstancia nuestro Supremo Tribunal no aplica el párrafo segundo del artículo 1.701, sino el artículo 1.700, sin duda en su causa segunda, ya que, según él, la sociedad se disuelve porque "queda sin contenido y extinguido el negocio que la motivó". ¿Por qué no adujeron nuestros magistrados el artículo 1.701-2.º? Es posible que porque no se percatan de que por "pérdida" de la cosa, a los fines de ese artículo, hay que entender, también la imposibilidad jurídica de disponer de ella y también porque les bastaba el número 2 del artículo 1.700 para su propósito, en razón a que, en efecto, se había "perdido" la cosa que servía de objeto *principal y único* a la sociedad. Por otra parte al tratarse de una sociedad de sólo dos socios, al igual que la mayor parte de las imaginadas por la tradición jurídica, el T. S., de haber aplicado el artículo 1.701, párrafo segundo, hubiera tenido que decretar la disolución total de la sociedad y no sólo la parcial referida al socio aportante. En conclusión esta sentencia que enfoca, sin duda, el supuesto de hecho que a nosotros nos interesa, no contribuye, sin embargo, demasiado al esclarecimiento, siquiera sea por inaplicación del artículo 1.701-2.º

Los antecedentes de la otra sentencia, la de 10 de octubre de 1956, eran los siguiente:

Por contrato privado de 18 de noviembre de 1930 se constituyó una sociedad entre los hermanos don Antonio y don Narciso Galán Doistúa y dos personas más, con objeto de explotar un aparato gasificador patentado a nombre de don Narciso Galán y que éste aportaba al acervo común. Como el acoplamiento del aparato gasificador en camiones y lanchas motoras dio funestos resultados se liquidó la participación de los otros dos miembros de la sociedad y los hermanos Galán se dedicaron a otras actividades, en especial a la reparación de aumóviles y fabricación de un determinado modelo de segmentos también patentado, caducando mientras tanto las patentes del aparato gasificador. El litigio se plantea cuando don Antonio Galán pretende que la sociedad constituida en 1930 subsistía todavía, pero dedicada a otros aspectos de su objeto y solicita, en consecuencia, la rendición de cuentas y reparto de beneficios, mientras que don Narciso Galán afirma que el negocio de reparación de maquinaria y fabricación de segmentos era de su exclusiva propiedad y que la sociedad concertada con su hermano y otros habíase extinguido por caducidad de las patentes, único objeto de la misma.

Juzgado y Audiencia, aunque con ligera discrepancia, desestiman la demanda, declaran disuelta la sociedad de 1930 e imponen su liquidación. Al articular el recurso de casación don Antonio Galán aduce, como uno de los principales motivos que se había infringido el artículo 1.701, párrafo tercero, porque la sociedad no se disuelve por la pérdida de la cosa, cuando ocurre después que aquélla ha adquirido la propiedad de la misma: pero el T. S. rechaza ese argumento, como en general, todo el recurso, afirmando (ponente: don Acacio Charrín) que ese “precepto (el 1.701) no es aplicable al caso actual en que el propietario de las patentes no se había desprendido de su propiedad para transferirla a la repetida sociedad, sino que ésta se constituía para la explotación de aquéllas, conceptos completamente distintos, pues la naturaleza especial de la propiedad industrial no llega a borrar la diferencia entre la transmisión de la propiedad de una cosa o derecho y la cesión de su uso”.

El Supremo que considera inaplicable el artículo 1.701, probablemente en su párrafo tercero, no especifica cuál es, entonces, el aplicable, por lo que hay que entender que acoge el razonamiento de la Audiencia basado en no sabemos qué precepto, según el cual la sociedad se había disuelto por caducidad de las patentes. Y es curioso que para nuestros altos magistrados sea inaplicable el artículo 1.701-3.º, no porque la caducidad de una patente no constituye una pérdida fortuita sino *negligente* de la aportación, sino en razón a que no se aportó la propiedad y sí el simple uso de las patentes, lo que, en buena lógica hubiera debido conducirles al párrafo segundo de aquél, que además apoyaba la conclusión disolutoria a que querían llegar.

El que las patentes no se transmitieron en propiedad no resulta claramente de los hechos probados, pero parece que el Tribunal ha hecho uso aquí de sus facultades discrecionales para decidir en caso de duda el título de la aportación (169).

Por último, es probable que el precepto que aplicase la Audiencia y tras ella el Supremo, para decretar la disolución fuese el artículo 1.700, número 2, pues parecen considerar que la explotación de las patentes era la única cosa que servía de objeto a la sociedad.

En suma, pues, esta sentencia que no se tropieza, a diferencia de la de 1952, con un supuesto de hecho que encaje exactamente en el artículo 1.701 (170) también elude la aplicación de este precepto, sin duda, porque le bastan otros para su propósito.

VII. NUESTRA INTERPRETACION

Hasta aquí hemos realizado una tarea primordialmente expositiva: hemos entresacado las opiniones doctrinales más relevantes, hemos desenterrado los antecedentes históricos de nuestro artículo, hemos mostrado las soluciones iuscomparativas de mayor prestigio y, por

(169) Cf., en ese sentido, la S. de 3 de diciembre de 1959.

(170) Para que el supuesto de hecho encaje en el art. 1.701, 2.º, es preciso equiparar, como en su lugar defendemos nosotros, una imposibilidad

último y sin éxito, hemos buscado inexistentes enseñanzas jurisprudenciales. Resta ahora la labor más ardua, la labor constructiva. Es menester, con todos los ingredientes anteriores, forjar una opinión propia, hasta aquí solamente entreverada, sobre nuestro artículo 1.701 y sobre la problemática que plantea; es preciso intentar una interpretación lo más actualizada posible del precepto, o, por lo menos, es necesario adoptar una actitud crítica frente al mismo y presentar una "alternativa" más adecuada por si en alguna ocasión se acomete su reforma.

Porque, en efecto, una vez más hemos de desenvolvemos en dos planos típicos de la ciencia jurídica: el plano del "ius conditum" y el plano del "ius condendum". Vamos a intentar, "data lege", la hermenéutica más progresiva que permita el derecho constituido; y cuando agotemos todas las posibilidades al respecto, esbozaremos, "de lege ferenda" la regulación del problema que nos parece más idónea. Diferenciaremos, por tanto, en apartados distintos, ambos planteamientos.

A) Nuestra opinión "iure condito"

Para proceder con un cierto orden es conveniente distinguir entre la interpretación que postulamos respecto al párrafo primero del artículo 1.701, y, de rechazo, también respecto a su párrafo tercero, y la defendida para su párrafo segundo.

a) Párrafo primero (y tercero).

Para su adecuada interpretación procede desmenuzar con cierta pausa los elementos que integran las normas contenidas en esos párrafos. Tales elementos, como en todo precepto jurídico, son, básicamente, dos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, a su vez compuestos de diversos conceptos que iremos glosando (171).

El supuesto de hecho o "Tatbestand" del párrafo primero del artículo 1.701 está constituido por una aportación "quoad dominium" que se imposibilita a consecuencia de la pérdida de su objeto, esto es, por una obligación de dar (y no de hacer o de no hacer) que sobrevenida, o sea, después de celebrado el contrato, deviene imposible, porque el objeto de su prestación, el bien cuya propiedad había de transferirse, perece.

Pero analicemos aún más despacio, concepto por concepto, este presupuesto.

El artículo 1.701-1.º, empieza su dictado afirmando "cuando la cosa específica..."; ¿qué se entiende por "cosa" y qué se entiende por "específica"? Más concretamente (porque no vamos a remontarnos ahora a una teoría general sobre las cosas), ¿por "cosas" cabe entender también los "servicios" y los derechos? y, por otra parte,

culposa (en cuanto el socio ha dejado caducar las patentes) a una imposibilidad auténticamente fortuita.

(171) Para este método interpretativo, vide Díez PICAZO, Luis, *La interpretación de la Ley*, en A.D.C., 1970, págs. 711 y sigs., especialmente pág. 723.

¿el adjetivo “específico” cabe interpretarlo, cual sugiere De Buen, como sinónimo de “esencial”?

Más o menos ya hemos adelantado que, en nuestra opinión, no resulta posible equiparar los servicios a las “cosas”, ni gramatical, ni histórica ni lógicamente. La prestación de servicios que se imposibilita (v. gr., porque se incapacita mental y físicamente el que había de realizarla), no puede subsumirse en este párrafo inicial, porque los servicios no son, en sentido estricto, una “cosa”, y sobre todo, porque al constituir una prestación de “tracto sucesivo” no son susceptibles de una “entrega” puntual que transfiera los riesgos de su pérdida a la sociedad, tal y como establece el precepto. Por eso decíamos que este párrafo imagina una obligación de dar y no de hacer, bien que se haya recordado sutilmente que todo dar implica un “facere” (172).

Es indudable, por otra parte, que al referirse el artículo 1.701 a “cosa” que se promete aportar, se está queriendo aludir a la *propiedad* de esa “cosa”, o sea al derecho pleno de dominio sobre la misma (173), ya que a la entrega de una cosa, en virtud de un derecho limitado, se refiere al párrafo segundo. Ahora bien ¿cabe considerar como “cosas” otros derechos distintos del de propiedad?, concretamente ¿es incluíble en el régimen del artículo 1.701-1.º la cesión de un derecho de crédito, por ejemplo? (174). No lo creemos, fundamentalmente, porque un crédito en cuanto derecho personal inmaterial no es susceptible de “perecimiento” o “pérdida”. Podría destruirse el título-valor al que, en su caso se hubiera incorporado,

(172) ¿Qué solución se aplicaría entonces al problema de un socio industrial, cuyos servicios no pueden ya prestarse? Cabría pensar que en el artículo 1.184 del C. c. quedaría liberado de su obligación, mientras que el acreedor, o sea la sociedad, seguiría obligada a la contraprestación (participación en los beneficios). Pero no lo creemos así, porque aparte de que el artículo 1.184 sólo extingue la obligación del socio para con la sociedad, sin aludir a la perpetuación de la de ésta para con aquél, y aparte de que el art. 1.184 parece imaginar sólo una prestación de servicios por tiempo limitado, o sea de “tracto único” y no una prestación de tracto sucesivo, como ocurre en las sociedades “sine die”, el art. 1.707 para las sociedades constituidas por tiempo determinado, considera “justo motivo” para que un socio pueda reclamar la “disolución de la sociedad” el que uno de los compañeros se inhabilite para los negocios sociales. Para los socios colectivos *gestores*, el supuesto está previsto en el art. 222, 2.º del C. de c., que MERCEDES VERGEZ, *El socio industrial*, ed. Tecnos, Madrid, 1972, págs. 211 y 212, considera con acierto que no debe extenderse al socio que no sea gestor cuya inhabilitación o imposibilidad para prestar sus servicios sólo debe originar una rescisión parcial del contrato al amparo del núm. 7 del art. 218.

(173) Por eso que es el derecho de propiedad el que perece, en muchos casos por desaparición de su base objetiva —v. gr., incendio del bien, etc.—, también habrá que considerar “pérdida” o “perecimiento” circunstancias que afectan al derecho mismo: v. gr., expropiación o evicción de lo prometido, etcétera.

(174) Las llamadas propiedades especiales —intelectual e industrial, fundamentalmente—, cualquiera que sea su auténtica naturaleza, se equiparan a la propiedad ordinaria en lo que a nuestro precepto se refiere.

pero, aparte de que un título-valor es ya una cosa mueble, el derecho personal en él figurado puede seguir existiendo, con independencia del documento en que se insertó. La insolvencia del deudor o la falsedad del crédito tampoco son “pérdidas” en sentido estricto, máxime, cuando el aportante responde a veces de la “bonitas” y siempre de la “veritas nominis” (arts. 1.529 y 1.530 del C. c.).

Por “cosa”, entonces, a los efectos del párrafo primero del artículo 1.701, hay que entender únicamente, *la propiedad de un bien*, sea este mueble o inmueble, aunque estos últimos son, por lo general, de más difícil “pérdida”.

Nos preguntábamos también por el significado del adjetivo “específica”. Ya sabemos (175), que las cosas no son específicas ni genéricas, cualidades que sólo cabe predicar del modo de considerarlas los hombres y, concretamente, del modo como son determinadas al tiempo de constituir el objeto de una prestación obligatoria. No existen, pues, cosas específicas y genéricas (todas las cosas son a la vez específicas y genéricas, sino obligaciones específicas y obligaciones genéricas. Al referirse, por tanto, el artículo 1.701-1.º a una cosa “específica”, pretende aludir a que el socio se ha comprometido a transmitir a la sociedad la propiedad sobre un bien, determinado inconfundiblemente entre los existentes, y no a través de su adscripción a un género más o menos delimitado. La imprecisa técnica de la centuria pasada, designa traslaticiamente a la cosa como específica, cuando debiera designar con tal calificativo al tipo de vínculo escogido.

No es baladí la precisión de que la obligación a que alude el párrafo primero es una obligación específica, porque el régimen de los riesgos es tradicionalmente distinto en ella que en la obligación contraída genéricamente (176).

Pero, más que a extendernos sobre estas consideraciones, de sobra conocidas, a lo que íbamos era a examinar si resulta posible interpretar, con Demófilo De Buen, el adjetivo “específica” como “insustituible” o “esencial”. La tesis, en su lugar lo dijimos (177), resulta sumamente ingeniosa, pero tropieza con serios obstáculos que nos frenan el seguir por esa senda.

En primer lugar está el argumento histórico: expuesto queda que el vocablo “específica” se importó por los redactores de la Comisión General de Códigos, extrayéndolo del anteproyecto belga de Laurent, y también vimos que para este tratadista el término tenía

(175) Véase COSSÍO Y CORRAL, A., *De la transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*, en A.D.C., 1953, páginas 527-621; también, VASALLI, Filippo, *Delle obbligazioni di genere in Diritto romano*, en *Studi giuridici*, vol. III, t. I, Giuffrè, Milano, 1960, págs. 131-252.

(176) Así lo reconoció la importante S. de 13 de junio de 1944, y así parece deducirse de los arts. 1.452, 1.182, 1.185, etc., del C. c., inspirados todos en los axiomas romanos, “genus numquam perit”, “genus perire non censetur”.

(177) *Vide supra* pág. 10.

el significado que antes le hemos dado y no el de insustituible (178).

En segundo lugar se opone un argumento lógico: si la aportación pericida es "esencial", qué sentido tiene, entonces, distinguir entre pérdida anterior y pérdida posterior a la entrega. En ambos casos, la sociedad, carente de su objeto esencial, debiera extinguirse y no es eso lo que decreta el párrafo tercero.

En fin, sin pretender agotar las razones, la interpretación de De Buen, desaprovecha regular con ese artículo la cuestión de los riesgos de una aportación, siendo así que en él se acoge al respecto el criterio más progresivo, a nuestro modo de ver, de los existentes: el que los transfiere por la entrega de la cosa (179).

Continuando con la delimitación del supuesto de hecho de este primer párrafo, el mismo sigue diciendo: "cuando la cosa específica que un socio *había prometido* aportar a la sociedad...". Ante todo, por "promesa" no hay que entender ningún tipo de vínculo precontractual al modo como ocurre en el artículo 1.451 del Código civil, sino que cuando el Código habla de que un socio ha prometido aportar, se refiere a que se "ha obligado" a aportar. ¿Tal obligación, por otra parte, es sólo la surgida al tiempo de contraerse la sociedad, o también la derivada de una posterior ampliación de capital que el socio se ha comprometido a asumir en especie? Creemos que sólo la imposibilidad de cumplir la *inicial* obligación de aportar lo prometido en el contrato constitutivo, puede motivar la disolución de la sociedad; si el socio se ve imposibilitado de cumplir una obligación ulterior al momento constitutivo, se aplicarán las normas generales (cumplimiento específico y, en su defecto, exoneración o resarcimiento, según que el socio sea o no responsable del incumplimiento), pero no la consecuencia drástica de disolver la sociedad, aunque sea con las atenuaciones que postularemos después. Así lo patrocina, a falta de previsión concreta en el artículo 1.791, el principio de conservación del contrato (art. 1.284) y de la empresa, normalmente subyacente (180).

Luego —sigue diciendo el supuesto fáctico del 1.701—, la cosa prometida "perece" o, con otra expresión también utilizada en el precepto, tiene lugar su "pérdida". El análisis de este elemento requiere decidir si por pérdida o pericimento hay que entender: 1.º, sólo la destrucción ("interitus") o también el menocabo ("deterioratio") del bien cuya propiedad se aporta y 2.º, sólo la pérdida casual,

(178) *Vide supra* págs. 41-42. Con todo, ya vimos que una interpretación parecida era la que daba uno de los redactores del "Còde": Jacques Maleville. Cf. más arriba, pág. 35.

(179) La vinculación que De Buen y también los anotadores pretenden establecer entre disolución de la sociedad y frustración del fin del contrato o desaparición de su base objetiva, hay que postularla del núm. 2 del artículo 1.700 que, de este modo, sólo operaría si la pérdida de la cosa origina aquella frustración o desaparición, pero no del art. 1.701, donde esas progresivas teorías no tienen encaje adecuado.

(180) RUBIO, Jesús, *El principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español*, en R.D.P., 1935, páginas 288-306, especialmente pág. 290.

o sea, la debida a caso fortuito o fuerza mayor o también la motivada por un acto doloso o culposo del aportante.

Respecto de la primera disyuntiva nos parece que si el artículo 1.701 estuviera contemplando pura y asépticamente una cuestión de "riesgos" había que emparejar, como en tantos otros lugares de nuestro Código (181), la suerte de la destrucción total y la del simple deterioro. Pero, para bien o para mal, el artículo 1.701 implica, además, una cuestión de disolución de la sociedad y, por consiguiente, enlazar una consecuencia tan rotunda como la disolutoria al simple menoscabo de una aportación, nos resulta, sin duda, excesivo. El régimen del deterioro sobrevenido de una aportación de dar, habrá que buscarlo entonces, bien en los principios generales de las obligaciones de entrega, o bien, en los principios especiales que para las aportaciones a sociedad, quepa inducir del artículo 1.701, pero sin que esta extensión anológica entrañe una disolución que, como decimos, resulta desproporcionada para el simple menoscabo. Claro que no cabe entender por menoscabo un desperfecto en la cosa que la inutilice para su adecuado destino económico. En esos casos, serían los tribunales los encargados de fijar cuándo un deterioro es equiparable a una pérdida total.

De manera que, en nuestro sentir, "perecimiento" o "pérdida" en el artículo 1.701 hay que entenderlos, como destrucción total o, por lo menos, considerable y el simple deterioro de la aportación prometida cabe regularlo o por los principios generales, que lo ponen a cargo del acreedor, desde el momento de la perfección del contrato (182) o bien por el principio especial que parece desprenderse del artículo 1.701, el cual lo traslada al acreedor sólo cuando se haya verificado la entrega de la cosa (183).

Referente a si por pérdida, debemos interpretar sólo la fortuita o también la culposa, dado que el artículo 1.701 no explicita dicho extremo, no cabe duda que los precedentes históricos abogan por la primera solución. Tanto Celso-Ulpiano, como Domat y Pothier, como los codificadores, dan por supuesto, que la pérdida de la cosa acaece por caso fortuito o fuerza mayor (184) (sus ejemplos versan,

(181) Cf. art. 1.563, arts. 1.744-1.746, art. 1.867, etc.; el paralelismo entre la pérdida total y el deterioro es problemático en el art. 1.122 porque depende de si en su regla 1.^a se entiende o no extinguida también la contraprestación. También ha pretendido Díez Picazo disociar el régimen de la pérdida y del deterioro en el art. 1.452, a fin de minimizar su inequitativa solución. Vide sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 855.

(182) Así ocurre, como ha demostrado Alonso Pérez en el art. 1.452 y, por su influjo, también en los arts. 1.182 a 1.186, aunque una progresiva jurisprudencia ha reducido el principio "periculum est creditoris" tan sólo a las relaciones obligatorias unilaterales y, entre las bilaterales, únicamente a la compraventa (véanse Ss. de 24-IX-1953, 10-XII-1963, etc.).

(183) Solución preferible y que además estaría en consonancia con los fallos citados en la nota anterior.

(184) Partimos de la práctica sinonimia de ambas nociones, aunque las diversas teorías diferenciales puedan, en ocasiones, resultar muy útiles. Véanse tales teorías en SOTO-NIETO, *El caso fortuito y la fuerza mayor, los riesgos*

recuérdese, sobre muerte de un caballo o de una vaca, sobre un rayo que incendia una bodega y sus vinos o una tienda y sus mercancías, sobre robo de numerario, etc.).

Pero creemos que la misma consecuencia jurídica que el Código impone para el incumplimiento por caso fortuito es predicable también para el socio que no puede cumplir por circunstancias a él imputables (v. gr., se ha dejado sustraer la cosa, la ha enajenado premeditadamente a un tercero, etc.). En efecto, tan lógica (o ilógica) es la "disolución de la sociedad", cuando un miembro de ésta se ve imposibilitado de cumplir por circunstancias fortuitas, que cuando se halla en ese trance por un propósito consciente o por una conducta negligente. Distinto será el caso del socio que, poseyendo aún la cosa y pudiendo, por tanto, cumplir su obligación de entrega, contravenga voluntariamente el párrafo primero del artículo 1.681 ("cada uno es deudor a la sociedad de lo que ha prometido aportar a ella"): en este supuesto, la sociedad podrá exigir el cumplimiento específico de la obligación de dar, en la medida que es inoportuna esa especie de renuncia unilateral y previa del socio incumplidor. pero cuando realmente sea imposible efectuar la aportación de dar, las consecuencias disolutorias creemos que deben ser las mismas, cualesquiera sean las causas fortuitas o voluntarias que provoquen la imposibilidad, a salvo, eso sí, los daños y perjuicios contractuales (art. 1.101 y ss.) que en un caso no y en otro sí, sean procedentes.

Es verdad que los términos "perecimiento" y "pérdida" suelen reservarse técnicamente para los ocurridos por caso fortuito, pero, aunque así fuera y, en efecto, circunscribiésemos sólo a ellos, el ámbito de nuestro artículo, creemos que no habría obstáculo de fondo para extender análogamente su solución al perecimiento o pérdida voluntarios.

Por último, y con ello concluimos la delimitación del Tatbestand de nuestra norma, el perecimiento o pérdida debe acaecer con anterioridad a la "entrega" de la cosa o, según la fórmula empleada por el párrafo tercero, antes de que la sociedad haya adquirido su propiedad (185). Es esta la particularidad más notable del artículo, porque supone la adopción de un criterio en orden al tránsito de los riesgos extrañamente distinto al acogido como norma general en el Código (186). Las razones de ello parecen ser puramente histó-

en la contratación, ed. Nauta, Barcelona, 1965, págs. 21-30. También nos parece equiparable a la fuerza mayor la excesiva o desmesurada "dificultad" de una prestación.

(185) La combinación de las expresiones que utiliza en los párrafos primero y tercero el art. 1.701 refuerza y confirma la perpetuación en nuestro derecho del sistema romano de adquirir la propiedad, mediante título y modo: arts. 609, 1.095, etc.

(186) Ya hemos dicho que el criterio de transmisión de los riesgos al acreedor desde la perfección del contrato es el vigente en el art. 1.452, pese a los muy notables esfuerzos por negarlo o mitigarlo y es, sin duda, el que inspiró también las normas generales sobre las obligaciones de dar y de hacer (arts. 1.182 a 1.186 y concordantes), pero en estos últimos su mayor laconismo ha permitido a la jurisprudencia progresiva antes reseñada (no-

ricas (187), pero no se ve motivo ni argumento alguno (188) para soslayar este dato y defender la aplicación a la aportación a sociedad del régimen indiscutiblemente vigente para la compraventa: “perfecta emptione periculum ad emptorem respicit” (189). Al contrario, este artículo es una muestra, más o menos conscientemente elaborada, de la virtualidad del sinalagma (190); si el socio se había comprometido a aportar la propiedad de un bien, hasta que, según nuestro sistema, no haya verificado la entrega no puede decirse que ha cumplido su prestación; consiguientemente, hasta ese momento, la sociedad o los otros socios (según quien se considere situado en el otro polo sinalagmático (191), no están obligados a ejecutar o subseguir su contraprestación: participación en las ganancias, previo reconocimiento de su cualidad de socio. Por ello las consecuencias del quebrantamiento del sinalagma, como hemos de postular “de

ta 182), sustituido por el criterio sinalagmático del art. 1.124 que en punto a obligaciones de dar se traduce en que sólo con la entrega se exonera de los riesgos el deudor.

(187) Confesado tenemos que no encontramos explicación clara de por qué era decisiva la “collatio pecuniae”, en D. XVII, II, 58, 1, pero lo cierto es que más o menos difusamente su solución se ha conservado hasta la actualidad.

(188) Ni siquiera el art. 1.095, que atribuye los frutos al acreedor desde que nace la obligación de entregarle la cosa, porque hasta ALONSO PÉREZ, *obra citada*, págs. 231 y sigs., no considera argumento el que unos frutos aleatorios contrapesen unos riesgos también aleatorios.

(189) Paulo, D. XVIII, VI, 8, pr.

(190) ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral* en “Acta Salmanticensia”, Universidad de Salamanca, 1967.

(191) Lo cual depende de que goce o no de personalidad jurídica ex artículo 1.699. En cualquier caso, no compartimos la autorizada opinión del maestro GARRIGUES quien, siguiendo a WIELAND, niega carácter sinalagmático a la sociedad. Vid. su *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 6, ed. revisada, corregida y puesta al día por Alberto Bercovitz, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1972, pág. 292. Ninguno de los argumentos que ahí se aducen nos parecen decisivos: v. gr., la mayor elasticidad y amplitud de la aportación a sociedad en cuanto a su contenido (que puede consistir en cosas, servicios, etc.) y su nula influencia en la tipificación del contrato, se nos antoja de todo punto irrelevante por lo que a la existencia o no del sinalagma se refiere. Afirmar que no hay contraprestaciones en el contrato de sociedad, equivale a no atribuir su justo papel al reparto de ganancias. Este reparto, debido por la sociedad persona jurídica o, en su caso por el patrimonio común de los socios o, mejor, por el conjunto de estos, actúa de contraprestación respecto de la aportación social, la cual, por ello, debe valorarse y, en proporción de ese valor, verificarse aquel reparto (art. 1.689, C. c., que, eso sí, permite que el sinalagma quede roto por pacto en contrario). Las ganancias, aunque sean producto del negocio, esto es, del conjunto de aportaciones, deben repartirse siempre, ya que ello es requisito conceptual de la sociedad (artículo 1.665), aunque ese reparto tenga lugar, v. gr., por una mayor economía que experimenten los socios, por un disfrute conjunto del edificio construido en común, etc. Por eso, cuando un socio incumple, la sociedad (o los demás socios) pueden utilizar frente a él la “exceptio non adimpleti contractus”, para denegarle participación en las ganancias y la acción de resolución (que, como veremos, debiera ser sólo parcial) para excluirle de la sociedad y de sus ganancias (art. 218, 4.º, del C. de c.). Tales posibilidades son prueba irrefutable del carácter sinalagmático de la sociedad. Si no hubiera ganancias ello obedece al carácter, en alguna medida, aleatorio del contrato.

lege ferenda" luego, no deben ser interpretadas desmesuradamente, sino en sus justos límites: en otros términos, la disolución que decreta el primer párrafo del artículo 1.701 debiera ser una disolución total, si la sociedad se compone de dos socios (192) o una *disolución parcial* si consta de más de dos. Ello es una conclusión exigida por el juego del sinalagma, sobre la que en su lugar nos extenderemos.

Pero antes digamos, para terminar, que al fin de precisar lo que por "entrega" ha de entenderse, es imperativo recurrir analógicamente a los artículos que, en sede de compraventa, la desarrollan y regulan: y así, si por aportarse bienes inmuebles o derechos reales (193), o por acordarlo así las partes se constituye la sociedad mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario, equivaldrá a la "entrega" de la cosa (194) y no sólo de la cosa (inmueble etcétera) que hubiera podido motivar la forma pública sino de todas aquellas que en la misma se consignent como objeto del contrato.

Si se aportan bienes muebles, y no se otorga escritura pública, por entrega habrá que entender ex artículo 1.463, la de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados, o el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa aportada no puede trasladarse a poder de la sociedad en el instante del contrato (195) o si ésta la tenía ya en su poder por algún otro motivo.

(192) Y en estos casos la disolución total tiene lugar no por consecuencia directa de la pérdida de una aportación, sino por la imposibilidad conceptual de mantener, al menos en las sociedades personalistas, una sociedad de un solo socio.

(193) Art. 1.667, cuya infracción no afecta a la validez "inter partes" del contrato. Cf. Ss. 7-II-1905 y 24-IV-1953.

(194) Resulta muy difícil, por tanto, que esta "traditio chartae", para cuyas matizaciones véase CASTÁN, *Derecho civil...*, cit., t. II, vol. I, páginas 238-39, no funcione respecto a las sociedades colectivas y comanditarias regulares; en las anónimas y limitadas, aunque a los efectos de la transmisión de la propiedad también opera esta tradición instrumental, no, en cambio, a los fines de transferir los riesgos, cuestión específicamente regulada por los arts. 31 y 8 de sus leyes respectivas.

(195) Según como se interpreten los términos "acuerdo" o "conformidad", resultará o no prácticamente posible que tenga alguna repercusión práctica discernir el "periculum" por la entrega y no por la perfección del contrato. En efecto, los bienes muebles (que son los que lógicamente están mas expuestos a perecer), normalmente no podrán trasladarse a poder de la sociedad en el momento del contrato, entre otras razones porque la sociedad y sus órganos gestores se están creando en aquel mismo momento. Si esto es así y por acuerdo o conformidad entendemos el acuerdo o conformidad contractual, o sea el consentimiento sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (cf. art. 1.262), en ese caso será muy difícil que las cosas muebles se "entreguen" en un momento posterior a la suscripción del convenio, pues el consentimiento para ese mismo convenio equivale ya a la entrega "ficta". Si, en cambio, consideramos que acuerdo o conformidad en el art. 1.463, es un acuerdo específico, distinto y sobrepuesto al contractual, en orden a que la entrega debe entenderse hecha en el mismo instante del contrato, entonces ya resulta más inusitado que las partes consignent una cláusula en ese sentido y nuestro artículo comienza a tener un posible ámbito de

Si no se ha producido la entrega por ninguna de las formas expresadas, entonces la "traditio" tendrá lugar cuando la cosa prometida se transfiera materialmente a la sociedad, cuando se ponga a ésta "en poder y posesión" de aquella cosa (art. 1.462-1.º). Téngase presente entonces que, a veces, en la sociedad no se exige el entero desembolso de la aportación mobiliaria (no es preciso v. gr., que el médico traslade de inmediato todos sus aparatos al consultorio del colega o colegas con el o con los que va a asociarse) y ello acrece las posibilidades de que encierre alguna trascendencia práctica, el hecho de que hasta la entrega material y no desde la simple celebración del convenio no se trasladen a la sociedad los riesgos de la aportación.

Perfilado de esta suerte, el presupuesto de hecho del párrafo primero (y, con la variante de que la pérdida se produce después de la entrega, también el del tercero), queda ahora interpretar en sus justos términos la consecuencia jurídica, la "Rechtsfolge" que se anuda a aquel presupuesto.

Dicha consecuencia consiste "grosso modo" en que, perdida antes de su aportación la cosa específica prometida, se produce por ello la disolución de la sociedad.

Son los mercantilistas los que mejor han estudiado la figura de la disolución social, sobre la que contamos, ya en nuestra lengua, con alguna aportación monográfica (196).

Y es precisamente el mercantilista Rubio el que puso el dedo en la llaga, al desvelar las dos especies de fuerzas e intereses que propugnan en la tipificación de las distintas causas de disolución (197).

Según este ilustre profesor, en las sociedades y, por lo que se refiere a los motivos de su extinción, se enfrentan, de una parte, la necesidad de "facilitar la relajación de los lazos contractuales" cuando el estado de las relaciones entre los socios hace insoportable o difícil la necesaria convivencia y, de otra, el interés general "de procurar el mantenimiento de una organización industrial, de una empresa productiva, útil para la vida económica".

Aquella necesidad, siempre según Rubio, prevaleció en la "societas" romana, por tratarse de un vínculo contraído "intuitu perso-

aplicación práctica. En ese segundo sentido, parecen interpretar el art. 1.463, SCAEVOLA, *Comentarios...*, cit., t. XXIII, pág. 458, y MANRESA, *Comentarios...*, citados, pág. 131.

(196) Cf. el trabajo de Rubio, citado más abajo, nota (180); además, pueden consultarse BOTER MAURI, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1958; MOTOS GUIRAO, M., *La separación voluntaria del socio en el Derecho mercantil español*, en R.D.N., 1956, pág. 79; PALAU TERRADA, *Comentario al art. 222 del C. de c.*, en R.J.C., 1953, págs. 452 y siguientes; FUENMAYOR, A., *Resolución parcial de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada*, en R.D.P., 1947, pág. 448; JORDANO BAREA, J. B., *Denuncia unilateral del contrato y derecho de separación en sociedad limitada de dos socios constituida por tiempo indefinido*, en A.D.C., 1955, págs. 906 y siguientes.

(197) RUBIO, art. cit., págs. 288-292.

nae" (198), y pervivió en la "compañía" de nuestro Derecho histórico. En cambio, el interés de conservación de la empresa, con ligeros atisbos ya en el Derecho romano (199), se sintió con fuerza durante el período codificador (200) y, en especial, al arbitrarse la llamada "rescisión parcial" de las sociedades mercantiles en el Código de comercio de 1829 (201). En la actualidad ha prevalecido totalmente en las sociedades de capitales, donde la cualidad de socio es manifiestamente fungible.

Pues bien, en las sociedades civiles, personalistas en su esencia, se ha conservado la regulación romana de la disolución por variación de su base personal y, sin embargo, dado el actual ámbito de aquel tipo societario (202), cada vez se siente más la necesidad de no supeditar la empresa regentada por la sociedad, a los cambios personales de ésta, es decir, cada vez urge más, como en la esfera mercantil, la conservación del especial tipo de empresa cobijado bajo el manto de la sociedad civil (202).

Pero, mientras no se atiendan estos nuevos intereses, la regulación del Código sigue siendo la romana y, por tanto, resulta muy difícil interpretar la "disolución" del artículo 1.701 como una "disolución parcial" que sólo está prevista por nuestro primer cuerpo legal en el caso especial del artículo 1.706, 1.º Es cierto que la disolución por pérdida de una aportación no fue decretada por el Derecho romano, ni por sus glosadores, sino que tiene su base de partida en un sofisma de Pothier: "es de esencia de toda sociedad —decía el ilustre jurista— que cada socio aporte algo al acervo común, luego si, aunque sea fortuitamente, no puede aportar nada, la sociedad debe disolverse". Es cierto, pues, que no es directamente el carácter "intuitu personae" de la sociedad civil, sino ese falso silogismo del magistrado de Orleans, el que da origen a nuestra

(198) La decisiva relevancia del factor personal en las sociedades se debe, como han destacado los romanistas, a que en su origen se encuentra como germen o como injerto, eso es intrascendente, un consorcio de tipo familiar. En otras palabras, en el tipo primitivo de sociedad dejó su impronta indeleble, la comunidad formada por los herederos del "pater" fallecido. A la asociación de tales "heredes sui", frecuentemente hermanos o parientes no le resultaba indiferente la presencia de un extraño en lugar de uno cualquiera de ellos, máxime si se trataba, como era lo normal, de una sociedad universal de todos los bienes. Por eso se consideró que la muerte o desaparición de uno de ellos entrañaba el fin de la sociedad (cf. hoy art. 1.700, 3.º), a menos que se acordase continuarla entre los sobrevivientes (art. 1.704). Por eso tampoco puede ingresar en la sociedad un nuevo socio sin el consentimiento unánime de los demás (cf. art. 1.696). Por eso también, se disuelve la sociedad por la denuncia unilateral de uno solo de sus miembros (art. 1.705).

(199) De los que es exponente el pacto de seguir la sociedad entre los sobrevivientes.

(200) En el Código de Napoleón se introdujo el problemático pacto de continuación con los herederos del socio fallecido.

(201) De donde ha pasado al actual —arts. 218 a 220— y a otros códigos extranjeros, como hemos tenido ocasión de comprobar en las páginas de Derecho comparado.

(202) Vide, sobre el ámbito real y posible de la sociedad civil, el capítulo I, "Justificación del Tema".

norma. Pero es verdad también que la conclusión que dicho tratadista y, tras él, los legisladores anudaron a la pérdida de una aportación fue la de disolver la sociedad y disolverla de la única manera que conocían, esto es, totalmente. Querer leer en el artículo 1.701, como en alguna ocasión nos asaltó la idea, que la pérdida de la cosa específica que un socio había prometido aportar a la sociedad produce la exclusión de ese solo socio, resulta desgraciadamente anacrónico y forzado.

Ahora bien, si esa interpretación hemos de reservarla para el apartado "de iure condendo", en cambio, sí nos es lícito adherirnos a la tesis importada por Rubio, según la que las causas de disolución no operan "ope legis" o, como dijera la Resolución de 22 de enero de 1927, "ex ministerio legis", sino sólo a instancia de cualquiera de los socios (203).

De manera que, perceda la aportación de un socio, la sociedad se disolverá sólo si cualquiera de sus miembros lo exige, primero extrajudicialmente y, si se suscita contienda, ante los tribunales. Normalmente, si la aportación perdida era de escasa importancia, los restantes socios tendrán interés en que la proyectada sociedad siga adelante y no invocarán la falta de aportación del socio afectado. Si alguno pretendiera aprovecharse de la circunstancia y la aportación perceda fuese realmente nimia, los otros podrían incluso oponerse con base en la mala fe de la pretensión, porque lo que en realidad se está ejercitando es una renuncia que, por ser anterior a la vida de la sociedad, ofrece muchos visos de ser inoportuna. Confirmada "per facta concludentia" la continuación de la sociedad sería contrario a los propios actos pretender invocar posteriormente la disolución fundada en la pérdida de una aportación.

Resta sólo un problema: ¿el socio afectado sigue en la sociedad? y, por otra parte, ¿podría él invocar la disolución? Ambos interrogantes deben contestarse negativamente. El primero, porque la participación del socio incumplidor en unos beneficios en cuya consecución no ha colaborado se muestra carente de causa y constitutiva de un enriquecimiento injusto (204). De otra parte, al ser la sociedad respecto de cada socio un contrato sinalagmático (205), el incumplimiento de alguno de sus miembros (independientemente del efecto de disolución general que por alteración de la base personal puedan provocar los demás), justifica con relación a él una resolución parcial. Consecuencia ésta que es silenciada por el artículo 1.701, porque este precepto imagina que todos los socios estarán casi siempre

(203) RUBIO, *ob. cit.*, pág. 293, donde cita a Bacardí como único autor hispano que se ocupó de la cuestión; sin embargo, no cita Rubio la fuente extranjera en que dice inspirarse.

(204) Sin embargo, el socio excluido debiera participar en las eventuales pérdidas o ganancias que *hasta el momento de su exclusión* hubieran podido producirse con otras aportaciones más prontamente entregadas.

(205) *Vide supra* nota (191).

interesados en desvincularse (206), pero que, en cambio, encuentra apoyo en el limpio juego resolutorio del artículo 1.124.

La segunda cuestión también merece una respuesta negativa no sólo por aplicación del principio “*nemo propriam turpitudinem allegans, auditur*”, sino sobre todo porque una constante jurisprudencia ha consagrado la doctrina de que no está facultado para instar la resolución el contratante que incumpla las obligaciones derivadas del mismo contrato que pretende resolver (207). Con mayor motivo, tampoco podrá solicitar la disolución total de un contrato del que ha sido excluido, en cuya pretensión carecería, además, de un interés legítimo.

En conclusión, pues, la “*Rechtsfolge*”, la consecuencia jurídica del primer párrafo del artículo 1.701 debe considerarse doble: de una parte, se origina la exclusión parcial (208) del socio incumplidor, con base en el artículo 1.124; de otra, se faculta a cualquiera de los restantes miembros para reclamar la disolución general de la incipiente sociedad, aunque para ello deberá no haber ejecutado ningún acto que implique su propósito de continuar, pese a la disminución de las aportaciones previstas y, por otra parte, deberá estar fundado en la sola consideración del cambio de circunstancias sobrevenido y no en otros móviles que pretenden canalizarse por esa coyuntura (v. gr., arrepentimiento de haberse “embarcado” en el negocio, etc.).

Por último, la consecuencia del párrafo tercero es, cabalmente, la contraria: continuación de la sociedad y también del socio al que había pertenecido la cosa pericada, a menos que por la esencialidad de ésta pudiera equipararse al supuesto previsto en el artículo 1.700, párrafo segundo del Código civil: “pérdida de la cosa que sirve de objeto a la sociedad”.

b) *Párrafo segundo*

La interpretación del párrafo segundo del artículo 1.701 exige un procedimiento análogo al seguido en el párrafo primero. Sin embargo, el análisis de los diversos conceptos de su presupuesto fáctico resulta ahora más simple, porque en gran parte lo tenemos hecho ya. El “*Tatbestand*” de este párrafo lo constituye lo que hemos llamado una aportación de goce (209), cuyo objeto se pierde “en todo caso”.

Pues bien, por “cosa” ahora hay que entender no un derecho de propiedad, sino un derecho limitado que entraña el uso o goce de un bien (no, por ejemplo, un derecho accesorio de garantía —hipoteca o prenda—, ni un derecho de preferente adquisición —opción,

(206) Manifestación de su desfasada concepción personalista de la sociedad.

(207) Ss. de 12-XII-1914, 13-III-1924, 10-IV-1929, 11-III-1954 y 19-V-1961.

(208) Aunque no automática, sino por acuerdo de la mayoría cualificada que se exija para los graves asuntos sociales.

(209) Que no requiere mayores precisiones que las hechas en la nota (6) del capítulo II, “Primera aproximación al art. 1.701”.

tanteo—, sino, v. gr., un derecho de usufructo, de arrendamiento, de mera posesión precaria (cf. S. de 4-X-1952), de explotación de una patente (cf. S. 10-X-1956), de exhibición de una película, etc.).

Ese derecho limitado se “pierde” o “perece”, esto es, se imposibilita su aporte, bien fortuitamente, como de seguro imaginaban los redactores del precepto, bien voluntariamente, pues también ahora se da la misma “ratio” en ambos casos. Pérdida que tampoco debe constituir un simple menoscabo, dada la trascendencia de sus efectos: disolución de la sociedad.

Ahora bien, esa pérdida despliega sus consecuencias “en todo caso”. Y esta enigmática expresión, que bien podría haber posibilitado una interpretación más apropiada, no queda otro remedio, en consonancia con los antecedentes históricos del artículo, que entenderla como que es indiferente que la pérdida se produzca antes o después de la entrega.

Sin duda, es éste el aspecto más criticable de la norma, porque en rigor, la entrega de la cosa debiera transferir los riesgos del goce a la sociedad, como ocurre con la entrega de la cosa en propiedad. El nudo dominio es cierto que permanece en el socio aportante y, por ello, en aplicación del axioma “res perit domino”, éste debe sobrellevar su riesgo (210), pero, en cambio, el goce, como derecho independiente, ha salido de su esfera y, previa valoración, se ha trasladado a disposición del ente social. Si, pues, dicho ente usaba o disfrutaba del bien, extrayendo sus provechos para el conjunto de sus miembros y, al mismo tiempo, en cuanto poseedor, era el más apto para resguardarlo de los eventos dañosos, parece excesivo recargar al socio no sólo con la pérdida de su nuda propiedad, sino también, con la del valor del goce. En otras palabras, no se ve por qué hay que adoptar, respecto de un derecho limitado (el de goce), un régimen en cuanto a los riesgos distinto del establecido para el derecho pleno por excelencia (la propiedad).

Es posible que en la mente de los legisladores, aparte su obsesiva preocupación por la suerte de la nuda propiedad, que les lleva a olvidarse de la del disfrute anexo, bullera más o menos conscientemente el paralelismo con el arrendamiento. Si en éste —parecen discurrir— el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (cf. nuestro art. 1.554, 3.º), de tal forma que el segundo ostenta una especie de posesión *continuamente* derivada del primero, es lógico concluir que si una aportación de goce, que las más de las veces comporta una titularidad arrendaticia, se destruye, el aportante ha incumplido su obligación de mantener a la sociedad en el disfrute permanente de lo prometido. Pero si tal idea inspiraba realmente a Pothier y a los codificadores (211), no cabe duda que habían com-

(210) Cf., además el art. 1.687 C. c.

(211) Ya hemos visto que con un razonamiento sustancialmente idéntico, el carácter *sucesivo* del goce, pretendían DE DIEGO, y tras él ESPÍN y CASTÁN, justificar este párrafo 2.º del art. 1.701. Vide supra, cap. III “La opinión de la doctrina”, pág. 12.

prendido mal el alcance y sentido de la llamada "obligación de garantía" del arrendador. Como ha estudiado profundamente Jean-Pierre Le Gall (212), dicha obligación se traduce en una responsabilidad del arrendador respecto de las perturbaciones causadas por vicios de la cosa, por hechos propios, o por pretensiones jurídicas de un tercero que traiga causa de aquél (v. gr., de un arrendatario anterior, etc.), pero no respecto de las perturbaciones causadas por sucesos naturales imprevisibles e inevitables.

De manera que si el aportante del goce de un bien, contemplado como una especie de arrendador, está obligado a responder del saneamiento de lo prometido y también de su actitud y de la de sus causahabientes, para con el disfrute que ha transmitido a la sociedad, ello sin embargo, no implica que deba garantizar también a esta última el caso fortuito que pudiera afectar a ese goce.

Que este goce se haya o no entregado, no resulta, pues, indiferente y de ahí lo criticable de nuestro párrafo segundo.

La consecuencia jurídica que a la pérdida de la aportación de goce enlaza dicho párrafo, es también, al igual que en el párrafo primero, la disolución de la sociedad, que tampoco ahora vemos argumentos para impedir que abarque a toda ella y no sólo al socio incumplidor (213). También aquí, sin embargo, tiene perfecto encaje el carácter que de simples "conditiones iuris" dábamos a las causas de disolución: el que se haya destruido un bien aportado a mero título de goce no origina automáticamente la disolución de la sociedad, sino que es sólo un presupuesto para que cualquiera de los socios pueda pretenderla extrajudicial o judicialmente, y basado en este exclusivo motivo.

Ahora bien, si el socio aportante se había desprendido ya del goce, trasladándolo a la sociedad, creemos que, mientras ningún miembro de ésta haya instado la disolución general, aquél debe seguir ostentando su cualidad de socio y participando, por ende, en las ganancias. Es ello una consecuencia directa de lo que antes defendíamos, esto es, de que era la sociedad y no el socio el que soportaba el "Benutzungsgefahr" o "riesgo del goce". E incluso si por cualquier miembro se interesase y obtuviese la extinción de la sociedad, el socio que ya hubiese entregado el goce, luego fortuitamente periculado, tendrá derecho a una cuota de liquidación proporcional al valor de su aportación.

Como consecuencia de permanecer en su condición de socio, también podrá el aportante del goce solicitar él la disolución y liquidación de la sociedad por la pérdida de su propia aportación, aunque si ésta era de escasa importancia con relación a la marcha

(212) JEAN-PIERRE LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, París, 1962, págs. 119-224. Vide también, en el mismo sentido, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 9.^a ed. Madrid, 1969, págs. 290-93, y PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, Contratos, Ed. Aranzadi, 1972, págs. 70 y sigs.

(213) Incumplidor sólo debiera serlo, en rigor, como hemos expuesto en el texto, el que aún no ha "entregado" el goce de su aportación.

de la sociedad, tendrá aquel tan poco interés como cualquiera de sus compañeros en interrumpir la vida de aquélla.

Para el aportante de goce *que todavía no hubiera hecho entrega del mismo a la sociedad, son, en cambio, de perfecta aplicación las consideraciones que hicimos respecto del aportante de dominio que tampoco lo hubiera entregado* (párrafo 1.º del art. 1.701).

B) *Nuestra opinión "iure condendo"*

En este peligroso terreno del derecho constituyente, donde la imaginación del teórico emprende a menudo vuelos irrealizables, creemos que, al menos, no peca de inexacto pretender:

1.º Una unificación y reforma del derecho de sociedades (como en general de todo el derecho de obligaciones) que abarque en su ámbito tanto las sociedades civiles como las mercantiles (214) y, lógicamente, una regulación uniforme de nuestro problema para uno y otro tipo de sociedades.

2.º Esa regulación uniforme, además, podrá ser común tanto a las sociedades personalistas como a las capitalistas, porque la necesidad de conservar la posible empresa en aquéllas conduce a iguales consecuencias que la fungibilidad de los socios en éstas.

3.º Tal regulación bien podría inspirarse en los siguientes criterios:

a) En primer lugar deben desecharse las remisiones al régimen de los riesgos de otros contratos en particular y, en especial, a la compraventa y al arrendamiento (215). Si acaso sería recomendable

(214) En este sentido merecería severa crítica, si prosperara, esa especie de Código societario que está llevando a cabo la Comisión General de Codificación, que, con olvido de la sociedad civil y de su carácter de figura básica y sumamente aprovechable, está perfeccionando las formas mercantiles de sociedad e incluso está elaborando una especie de teoría general de la misma, al margen de la contenida en buena parte en el Código civil. Piénsese si no, como botón de muestra, en la virtual supresión del ámbito hasta ahora reconocido a las sociedades civiles que supone la proyectada base primera cuando dispone que: "Son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la realización de una actividad económica de producción, intercambio o distribución de bienes o servicios, aunque su finalidad no sea necesariamente la obtención de un lucro. Estas sociedades deberán adoptar alguno de los tipos establecidos en la presente ley." ¿Qué objeto podría tener, entonces, una sociedad civil, tal y como hoy es definida por el art. 1.665? Nos parecería, repetimos, criticable, esta virtual derogación de los artículos 1.665 a 1.708 del Código civil, sin por lo menos antes haber extraído de ellos todos los aspectos aprovechables y sin una mención expresa de aquella derogación.

(215) Meditemos los inconvenientes que entrañaría implantar entre nosotros, como se proyecta en los aludidos trabajos de la Comisión Codificadora, un artículo que, tras los pasos del 2.254 del Código italiano de 1942 dispusiese más o menos que los riesgos de la aportación hecha a título de propiedad se regirán por lo dispuesto para la compraventa en el Código de Comercio y los de la aportación hecha a título de mero uso o goce, por las normas previstas en el Código civil para el arrendamiento. Prescribir remisiones semejantes (como hoy hacen para las aportaciones en propiedad los arts. 31 de la L.S.A. y 8 de la L.S.R.L.) equivale a desconocer la enorme oscuridad que impera en las sedes remitidas. Véanse las polémicas que suscita la coordina-

una remisión al régimen de los riesgos en la teoría general de obligaciones, si dicha teoría general estuviera clara y perfilada. En tanto no sea así, será menester una disposición específica que regule el problema de la imposibilidad sobrevenida de la aportación, a ser posible ajustada a lo que seguidamente se propone.

b) En segundo lugar, creemos que debe mantenerse para las aportaciones a sociedad el criterio de trasladar los riesgos por la entrega de aquellas y no por la simple perfección del contrato. En efecto, la solución ideal para paliar las funestas consecuencias de los eventos fortuitos sería, sin duda, socializar el daño, repartiéndolo entre todos los miembros que pueblan una comunidad. Así se hace prácticamente, a través de diversos mecanismos, para algunos tipos de acaecimientos imprevisibles (pensemos en la Seguridad Social, en los diversos tipos de seguros obligatorios, etc.), pero es muy probable que ese "desideratum" exija unos cambios estructurales en la sociedad que hoy por hoy pueden calificarse de utópicos. Cimentado nuestro sistema económico, pues, en el reconocimiento de la propiedad privada, sólo es posible mientras tanto una asignación individual de los daños catastróficos (216), con base en el criterio que socialmente se considere más justo. Y dado ese arraigo psicológico que la propiedad parece tener en los ciudadanos, resulta idóneo mantener la validez del principio "periculum est domino". Pues, en efecto, para los bienes, considerados estáticamente, nada se nos aparece más equitativo hoy por hoy que el hecho de que su perecimiento incida sobre su titular individual. Y para los bienes, contemplados en su dinámica, el criterio no debe ser muy distinto: y no debe pesar únicamente la consideración de que, entre nosotros, rige el sistema del título y el modo, de suerte que hasta que no haya mediado este último la propiedad y sus riesgos anejos no pueden decirse transferidos; también abona el criterio de la "entrega" (aparte su reconocimiento internacional y iuscomparativo), el dato sociológico, fácilmente comprobable, sobre todo, en la llamada reventa con entrega domiciliaria, de que hasta que el acreedor de una cosa (217) no la detente físicamente, hasta que no la tenga bajo su poder, no imagina

ción entre los arts. 331 y 333-34 del Código de comercio en MENÉNDEZ, A. *La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil*, en R.D.M., 1951, marzo-abril, págs. 227 y sigs., y ahora, con exhaustiva bibliografía, ALONSO PÉREZ, *El riesgo...*, cit., pág. 414 y sigs. Y Compruébese la insuficiencia de los arts. 1.568, 1.563, 1.561, etc., del Código civil para despejar todas las dudas que suscita el "periculum" de la aportación de goce (que, por otra parte, no siempre es idéntica al arrendamiento).

(216) Asignación que a veces, si el daño ha afectado a muchos individuos se intenta atenuar por los órganos oficiales y privados. Sirva de ejemplo reciente, las subvenciones, préstamos, moratorias, donaciones, etc., concedidas por la Administración y, generosamente, por los particulares, con ocasión de las inundaciones del Sureste de España de 1973.

(217) Nos referimos preferentemente a las cosas muebles; respecto de las inmuebles, la suscripción del contrato y su inscripción, desempeñan el mismo papel psico-sociológico que la transferencia de posesión en las "res móviles".

tener a su cargo la responsabilidad de su pérdida o deterioro. Estas y otras muchas consideraciones, que sería inoportuno detallar aquí, nos inclinan a sostener frente a algún autor reciente (218), la superioridad del criterio de la entrega sobre el de la perfección del contrato, criterio aquel que jurisprudencialmente (a través de la aplicación del artículo 1.124) prevalece hoy sobre el segundo, salvo en el cercado reducto de la compraventa civil. Si en la sociedad, merced a un arrastre histórico cuyo origen aún no nos explicamos impera, además con claridad, el criterio de la "entrega" creemos que debe seguir manteniéndose, máxime cuando era algo no muy distinto de ese criterio lo que, sin duda, pretendieron los redactores de nuestras leyes de sociedades de capitales, al discernir los riesgos de la aportación por las normas que lo regulan en la compraventa mercantil. Sigue siendo un ligero obstáculo (hasta que también se modifique), el artículo 1.095, 1.º, del Código civil, al desequilibrar la balanza de "commoda" e "incommoda", poniendo los frutos a cargo del acreedor desde que nace la obligación de entregar la cosa, pero se atenúa dada la naturaleza difícilmente fructífera de los bienes muebles aportables, que suelen tener, en cambio, un preferente valor de uso.

En conclusión, debe mantenerse la atribución de los riesgos sólo por la entrega de la aportación, aunque el contrato de sociedad sea anterior a su verificación.

c) En tercer lugar, desaparecerá la necesidad de distinguir entre cosas (mejor obligaciones) genéricas y específicas, por cuanto ello será indiferente para la atribución del peso de los riesgos, aunque en aquéllas el socio deberá evitar las consecuencias de su incumplimiento reponiendo el bien prometido, reposición que también podrá exigir, hasta la extinción del "genus", la sociedad. En cambio, deberá mantenerse la limitación de nuestro artículo sólo a las obligaciones de dar, pues las de hacer obedecen a imperativos muy distintos, que exigirían norma aparte.

d) En las aportaciones a mero título de goce, regido éste también por el criterio de la entrega, sería conveniente, para despejar dudas, distinguir entre "periculum rei" o riesgo de la nuda propiedad, incidente sobre el socio-propietario, y el "periculum usus" o riesgo del goce, que tras su entrega, recaería sobre la sociedad (219).

e) Lo más necesitado de reforma sería entonces lo que antes denominamos "consecuencia jurídica" del incumplimiento, motivado por la imposibilidad sobrevenida de la aportación: si esta imposibilidad acaeciera después de su "entrega" a la sociedad, sólo se producirá una merma más o menos notable en el patrimonio social que, según su importancia, podría dar lugar a una reducción de capital e incluso, aunque ello no sea lo normal, a una extinción de la sociedad

(218) El tantas veces citado ALONSO PÉREZ, en su magnífica obra *El riesgo en el contrato de compraventa*, Ed. Montecorvo, 1972, passim.

(219) Quien soporte ese "periculum rei" o "usus" será también quien sobrelleve el correspondiente "periculum obligationis" o "periculum petii" (participación en beneficios), que es lo que realmente tiene trascendencia.

por desaparición de su base objetiva. Si la imposibilidad se produce antes de la entrega, su consecuencia debe ser la resolución parcial y no total del contrato de sociedad, relativamente al socio incumplidor, al que se liquidaría su hipotética porción en las pérdidas y en las eventuales ganancias que se hubieran podido hacer con otras aportaciones.

Tal resolución, como ocurre en el Derecho italiano, debe ser acordada extrajudicialmente por la mayoría de los demás socios, pero no se ve por qué haya de tener ejecutividad inmediata (220) el acuerdo, si el socio afectado no se opone. En ese caso, como en el de sociedad de sólo dos miembros, la resolución parcial, habría de decretarse judicialmente.

f) Junto a esos efectos de la imposibilidad de una aportación debe incluirse, sólo para las sociedades personalistas, entre las causas que justifican una renuncia anticipada de uno o de todos los socios (y en este último caso se trataría de una disolución total), la frustración del fin del contrato por imposibilidad de alcanzarlo o la modificación sobrevinida de su base objetiva. En esas cláusulas abstractas se encajaría, sin esfuerzo, el impacto que podría producir entre los demás miembros la exclusión de un socio imposibilitado de cumplir, o sea que, a la vista de esa mutación personal del substrato proyectado, cualquiera de los demás podría apartarse del vínculo contraído, probando que su separación obedece al cambio de circunstancias. Si todos acuerdan separarse, se originaría una disolución total, muy próxima a la causada por disenso común. Así lo exige el principio de conservación de la empresa que normalmente subyace al ligamen societario.

g) En síntesis se podría adoptar en una futura teoría general de sociedades un precepto que contemplara el problema de los riesgos de las aportaciones, más o menos en estos términos:

“Si la aportación de bienes muebles (221) se realiza a título de dominio, las consecuencias de su imposibilidad sobrevinida, acaecida antes de la entrega inciden sobre el socio propietario, quien en las sociedades de más de dos personas quedaría excluido si los demás miembros lo acuerdan por mayoría cualificada (222), o si, ante la oposición de aquél, lo decretan, en definitiva, los tribunales. A estos, en las sociedades de sólo dos socios, se deberá acudir necesariamente para instar la disolución que en este caso será total, si el socio imposibilitado de cumplir no se aviene a ello.

Si la aportación se efectúa a título de mero goce, constituyendo o transfiriendo un derecho limitado sobre una cosa mueble, las consecuencias de la imposibilidad sobrevinida acaecida antes de la en-

(220) En el derecho italiano sí debe ser inmediatamente ejecutivo el acuerdo de exclusión, porque se unifica la resolución por imposibilidad sobrevinida con la resolución por conducta recalcitrantemente antisocial que interesa extirpar prontamente.

(221) Para los bienes inmuebles el riesgo pasaría con el mismo contrato y no merece entonces prescripción especial.

(222) O mayoría simple: el problema es de mera política legislativa.

trega, recaen íntegramente sobre el socio propietario, quien quedaría excluido en los términos previstos en el párrafo anterior. Si la imposibilidad sobreviene después de la entrega, sus consecuencias recaen sobre la sociedad, por lo que se refiere al valor del derecho limitado aportado y sobre el socio propietario en lo restante, pero sin que tenga lugar la exclusión prevista en los dos párrafos anteriores.

La modificación de elementos personales de la sociedad que se originare en virtud de este artículo, puede constituir, en las sociedades personalistas, un supuesto de desaparición de la base del negocio, a los efectos de lo dispuesto en el artículo" (223).

VIII

CONCLUSIONES

Procede, por último, extractar en párrafos escuetos y desprovistos de todo aparato argumental, las conclusiones a que creemos haber llegado a través de nuestro trabajo:

1.º En primer lugar, el problema de la imposibilidad sobrevenida de una aportación y su influjo en la vida de la sociedad (tema del art. 1.701) no ha tenido hasta ahora pero puede tener en cualquier momento, un cierto interés práctico y, desde luego, ha ofrecido y ofrece un gran interés dogmático que justifica su estudio.

2.º La doctrina y patria no se ha preocupado a fondo del art. 1.701, ofreciendo opiniones muy superficiales y contradictorias.

3.º Los antecedentes históricos remotos del artículo, se encuentran en dos pasajes del Digesto de difícil explicación: D. XVII, II, 58, pr. y D. XVII, II, 58, 1.

4.º Hasta los glosadores no se vuelve a discutir doctrinalmente la cuestión a la "pérdida" de una aportación y entonces la opinión de Bartolo, que implica un desvío de los textos clásicos, se muestra predominante.

5.º Entre los humanistas, Domat es el primero que implica las cuestiones de riesgo de una aportación y disolución de la sociedad.

6.º Pothier, recogiendo los elementos anteriores abordará el tema con prejuicios dogmáticos equivocados y será el origen de las inexactas soluciones legislativas.

7.º El primitivo texto del artículo francés, se inspiraba directamente en los ejemplos romanos, pero las vicisitudes que atravesó modificaron su redacción hasta convertirlo en el art. 1.867 actual, prácticamente idéntico a nuestro art. 1.701.

8.º Este, en efecto, se inspira en el modelo napoleónico, pero a través del anteproyecto belga de Laurent, y descuidando otras so-

(223) Artículo el remitido, donde se establecería, para cada socio, la posibilidad de separarse unilateralmente por cambio sobrevenido de circunstancias o modificación de la base del negocio.

luciones más idóneas que le ofrecía el derecho comparado de la época.

9.º El actual derecho comparado presenta regulaciones muy interesantes del tema de la imposibilidad sobrevenida de una aportación, y así cabe destacar, sobre los ya superados modelos chileno y argentino, la regulación italiana y portuguesa que imponen sólo la exclusión del socio imposibilitado de cumplir, sin disolución de toda la sociedad, y la regulación alemana que en la aportación de goce distingue con acierto, entre el "periculum rei" y el "periculum usus".

10. La jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse directamente sobre la interpretación del artículo 1.701, aunque habría podido hacerlo, respecto a su párrafo segundo en dos sentencias de 1952 y 1956.

11. Al exponer nuestra particular exégesis del ya caduco precepto, hemos creído necesario distinguir dos planteamientos: el de una hermenéutica ajustada a la "lege data" y el de una regulación ideal "de lege ferenda". En el primer plano, además, hemos procedido a analizar con algún detenimiento los elementos que componen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de sus diversos párrafos.

12. Tal y como se conformó históricamente y tal y como hoy aparece redactado, el art. 1.701, resulta forzoso entender que la "disolución" que impone en sus dos primeros párrafos, para la falta de una aportación es la disolución total de la sociedad, pero nada impide interpretar, con la doctrina más progresiva, que aquella disolución sólo se desencadenaría a instancia de parte, subsistiendo entre tanto el vínculo social.

13. Al mismo tiempo y por aplicación del artículo 1.124, el socio que se ve en la imposibilidad de cumplir por acaecer la pérdida antes de la "entrega" de su aportación, puede ser excluido de la sociedad por acuerdo de los restantes socios.

14. En las aportaciones de goce ya entregadas, y sin perjuicio de la disolución total que pueda invocarse, habría que distinguir, tras las huellas del derecho alemán, entre el riesgo de la propiedad que lo soportaría el socio aportante y el riesgo del goce que sería de cuenta de la sociedad.

15. "Te iure condendo", para lo cual además parece que se está fraguando una interesante oportunidad; y en aras del principio de conservación de la empresa, se postula la constancia legal clara de todas las posibilidades expuestas para el artículo vigente, y la sustitución de la consecuencia de disolución total, por la de exclusión del socio incumplidor y posible renuncia o abandono unilateral de los demás miembros que lo deseen al ver mudadas las circunstancias personales de la sociedad.

«Ausencia y desaparición. (Estudio de Derecho argentino y comparado)» *

LUIS MOISSET DE ESPANES **

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Ausencia. Distintos significados del vocablo.* III. *La ausencia en el Derecho francés: a) Régimen del Código napoleónico; b) Desaparición, y c) Desaparición de personas y desaparición de cadáveres.* IV. *Otras legislaciones de la familia romanistas: a) Italia, y b) España.*—V. *Convención Internacional de Lake Succes (1950).*—VI. *La ausencia con presunción de fallecimiento en el Código civil argentino.*—VII. *Ausencia y desaparición en la ley 14.394.*—VIII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde antiguo la situación de “ausencia” ha tenido una serie de repercusiones en el campo del Derecho, que han preocupado al jurista. A veces se ha hablado de “desaparición”, para poner de relieve que la ausencia se debía a circunstancias anormales.

De esta manera, los dos vocablos que se han empleado —con alcances diferentes— en varios sistemas legislativos, y se puede incurrir en confusiones serias si se pretende hacer extensivo de un país a otro el valor que los juristas adjudican a cada uno de estos términos (1). Ya alguna vez señalamos el problema en un comentario jurisprudencial (2), y ahora —al leer el resumen de una senten-

(*) Trabajo preparado especialmente para el ANUARIO DE DERECHO CIVIL.

(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Catedrático de Derecho civil de la Universidad Nacional de Córdoba (Rep. Argentina); miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba; laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

(1) Por ejemplo, la actual doctrina italiana utiliza el vocablo “desaparición” en reemplazo de “ausencia presunta”, y el Código de 1942 otorga a la declaración de muerte presunta efectos iguales a los de la muerte; en el Derecho francés se distingue la “ausencia”, que no produce la presunción de muerte, de la “desaparición”, que tiene efectos de muerte probada; en el Derecho español hay “ausencia” y “declaración de fallecimiento”, y en todos los casos se habla de “desaparición”.

(2) *¿Ausente con presunción de fallecimiento o desaparecido?*, en “Cuadernos del Instituto de Derecho Civil de Córdoba”, 1961, I-II, p. 57-61. Comentábamos allí un fallo publicado en “J. A.”, 1960, IV, p. 94, en el cual el juez invocaba simultáneamente normas que corresponden a la ausencia

cia— (3) volvió a asaltarnos la preocupación de procurar deslindar con precisión cuál es el alcance que, en nuestro sistema jurídico, tiene cada uno de estos vocablos.

De la lectura de dicho resumen podemos deducir que el señor Santana se encontraba en un barco pesquero naufragado; se inicia el trámite de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, invocando la hipótesis especial y de plazo reducidísimo del artículo 23, inciso 2.º (ley 14.394) (4). Posteriormente, para eludir la publicación de edictos, se pretende cambiar el enfoque y lograr que se declare la “desaparición”, que equivale a la muerte probada, invocando el agregado que el artículo 33 de la misma ley efectuó al artículo 108 del Código civil (5). La petición formulada es un indicio de la tendencia a confundir “ausencia” con “desaparición”, a la que no es ajena parte de la doctrina nacional (6).

II. AUSENCIA. DISTINTOS SIGNIFICADOS DEL VOCABLO

El Diccionario de la Real Academia española define la *ausencia* como “efecto de ausentarse o de estar ausente”, y *ausencia*: “Dícese del que está separado de alguna persona o lugar y especialmente de la población en que reside” (7).

En este sentido amplio, y no técnico, ausencia significa la simple “no presencia”, y el Código civil emplea el vocablo en alguna opor-

con presunción de fallecimiento (arts. 22 y 23, ley 14.394) y a la “muerte probada” (agregado al art. 108 del C. civil).

(3) *Santana, Miguel*, Cámara Primera de Mar del Plata, 1.º diciembre 1970, “J. A. Reseñas”.

(4) “Art. 23 (ley 14.394).—Se presume también el fallecimiento de un ausente:

...
2.º Si encontrándose en una nave o aeronave naufragada o perdida, no tuviere noticias de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.”

(5) “Art. 33 (ley 14.934).—Agrégase al art. 108 del C. civil, como segundo apartado el siguiente texto:

En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuere posible la identificación del cadáver.”

(6) Así, por ejemplo, LLAMBIAS, al tratar de la prueba supletoria del fallecimiento (“Parte General”, T. I, núm. 525, pp. 367 y 368), cita como ejemplo el naufragio del rastreador “Fournier”; idéntica es la postura de BORDA (“Parte General”, 4.ª ed., núm. 244, pp. 235 y 236).

Pero, pese a la opinión de tan destacados tratadistas, en hipótesis semejantes debe aplicarse el art. 23, inc. 2.º de la ley 14.394 y declararse la “ausencia con presunción de fallecimiento”; de lo contrario, esa norma no tendría razón de ser, ya que en cualquier naufragio el juez podría argüir que tiene la “certeza moral” de que los tripulantes del navío han muerto, y aplicaría exclusivamente el agregado al art. 108, mandando inscribir la “muerte probada”.

(7) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia, 18.ª ed., Madrid, 1956.

tunidad, verbigracia, en el artículo 1.147, al referirse a los contratos que se realizan “entre personas ausentes”, es decir, que no se encuentran en el mismo lugar.

También utilizaba la palabra ausencia en sentido no técnico al referirse a la prescripción, en artículos como el 4.000, 4.002, 4.023 y 4.024, algunos suprimidos y otros modificados por la ley 17.711, en los que distinguía entre “ausentes” y “presentes”.

Frente a este concepto amplio de ausencia tenemos la ausencia en sentido técnico, es decir, calificada por alguna circunstancia particular, en virtud de la cual la Ley le atribuye determinadas consecuencias jurídicas (8). Según sea la circunstancia calificante, distinguiremos tres supuestos: *a)* ausentes de domicilio ignorado; *b)* ausentes con bienes en estado de abandono, y *c)* ausentes con presunción de fallecimiento.

a) El conocer o ignorar el domicilio de una persona tiene gran importancia para el Derecho, ya que —por ejemplo— si no se ha fijado otro lugar, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor; las demandas judiciales notificarse en el domicilio del demandado; la sucesión se abre en el último domicilio conocido del causante, etcétera.

b) En la hipótesis de ausencia con bienes en estado de abandono la Ley se preocupa por arbitrar los medios para la conservación y cuidado de esos bienes, en defensa no sólo de los intereses personales del ausente, sino también de intereses sociales, pues la colectividad debe cuidar que no se destruyan inútilmente bienes que forman parte de la riqueza de la comunidad.

c) Por último, en la ausencia con presunción de fallecimiento, la falta de noticias de la persona, durante los lapsos que la Ley fija, se toma como indicio de que debe haber fallecido.

III. LA AUSENCIA EN EL DERECHO FRANCÉS

Es indispensable referirse al Derecho francés, porque allí nace —en razón de necesidades propias de ese sistema jurídico— la distinción entre ausentes y desaparecidos.

a) Régimen del Código napoleónico

El Código civil francés no recoge de manera integral todos los supuestos de “ausencia” en sentido técnico que hemos reseñado más arriba. Se ocupa, es cierto, de los ausentes de domicilio ignorado, y también de proveer las medidas necesarias para el cuidado de los bienes que quedan en estado de abandono.

Incluso, con relación a esta última hipótesis, cuando la ausencia

(8) También se ocupa de este sentido técnico forense el *Diccionario de la Academia*, y así vemos que en la 4.^a acepción de la voz *ausencia*, dice: “condición legal de la persona cuyo paradero se ignora”, y en la 2.^a acepción de *ausente*: “Persona de quien se ignora si vive todavía y dónde está.”

se prolonga demasiado, procede a entregar los bienes en "posesión definitiva" a las personas que debían heredar al ausente, en caso de que hubiese fallecido; pero, en ningún momento, por prolongado que sea el lapso de ausencia, se llega a presumir la muerte de la persona, sino que predomina en todo momento la incertidumbre sobre si está o no viva (9).

Para destacar más el punto, reseñaremos algunas de las normas que sobre el particular contiene el Código Napoleón:

1) Si el ausente no ha dejado apoderado, el pedido de declaración de ausencia puede efectuarse después que hayan transcurrido cuatro años desde la última noticia (arts. 115 y 120);

2) Si ha dejado apoderado, los herederos presuntivos del ausente recién pueden pedir la declaración y entrega de los bienes en posesión provisoria, cuando hayan transcurrido diez años (art. 121, Código civil francés);

3) Durante el período de posesión provisoria, los herederos, a quienes se les entregan los bienes del ausente, sólo tienen facultades de administración (art. 125, C. civil francés).

4) La posesión definitiva recién puede reclamarse después de treinta años de posesión provisoria, o si han transcurrido cien desde el nacimiento del ausente (art. 129, C. civil francés).

Y aún después de esto, los artículos 131 y 132 se colocan en la posición de una posible reaparición del ausente. Esto en lo que se refiere a los efectos patrimoniales de la declaración de ausencia; agreguemos que, en el terreno matrimonial, el vínculo subsiste, de manera que si el cónyuge presente contrajese nuevas nupcias, y el ausente reapareciera, podría demandar la nulidad del segundo matrimonio (art. 139, C. civil francés).

De manera que podemos sostener que el Código civil francés no prevé la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, sino que se limita a legislar la forma en que deberá atenderse al cuidado o distribución de los bienes dejados por el ausente.

Los defectos de la Ley francesa originaron dificultades prácticas, pues mantenían una situación de incertidumbre jurídica durante períodos muy largos; se producía una inmovilización de los bienes que habían correspondido a los ausentes y —por otra parte— los cónyuges presentes no podían contraer válidamente nuevas nupcias (10).

La doctrina, la jurisprudencia y el legislador, por diversos caminos, procuraron poner remedio a esta situación. Así vemos que se

(9) PLANIOL sostiene que la idea central que inspira al sistema francés es que "la ausencia, por larga que sea, jamás da la certidumbre del deceso" (*Traité élémentaire...*, 7.^a ed., París, 1915, I, 634, p. 223).

(10) COLIN y CAPITANT dicen que el régimen adoptado por el Código civil francés quizá fuese defendible en la época de su redacción, pero que, so pretexto "de respetar los derechos del ausente, compromete los de terceros, especialmente los del cónyuge y, sobre todo, conduce a instituir un régimen complicado y molesto" (*"Curso elemental de Derecho civil"*, traducción al castellano de Demófilo de Buen, 3.^a ed., Reus, Madrid, 1952, I, 192, en especial p. 916).

comienza a distinguir los ausentes (personas de las que simplemente no se tienen noticias) de los “desaparecidos” (11).

b) *Desaparición*

La doctrina afirma que debe hablarse de “desaparición” cuando a la falta de noticias se añade el conocimiento de que la persona se ha encontrado en una situación especial de peligro, que hace pensar que debe haber fallecido (12). Se llegará entonces, por vía judicial, a declarar su “desaparición”, que tiene como efecto el que se ordene inscribir en el Registro Civil el “deceso” de la persona (13) con consecuencias iguales a las de la muerte probada, abriéndose el juicio sucesorio y quedando disuelto el vínculo matrimonial.

Las primeras normas que encontramos en este sentido corresponden a un decreto del 3 de enero de 1813, sobre derrumbe de minas, permitiendo que el alcalde labre la partida de defunción, pese a que los cuerpos no hayan podido ser rescatados. Posteriormente, el 13 de enero de 1817, se dicta una ley que permite tener por muertos a los desaparecidos en acciones de guerra (en el período comprendido entre 1792 y 1815); disposiciones de esta índole se reiteran, con motivo de la guerra franco-prusiana (ley del 9 de agosto de 1871), de la Primera Guerra Mundial (ley del 3 de diciembre de 1915) y de la Segunda Guerra Mundial (ley del 22 de septiembre de 1942).

Por su parte, la jurisprudencia había realizado un esfuerzo, en materia de naufragios, permitiendo la inscripción de la muerte de las personas desaparecidas en tales accidentes, cuando se probase ante la justicia que el navío, efectivamente, había naufragado. Esta solución es recogida por el legislador, en ley del 8 de junio de 1893, que modificaba varios artículos del Código civil.

Encontramos también una ley del 31 de mayo de 1924, modificada por decreto de 30 de noviembre de 1955, que permite inscribir la muerte de los “desaparecidos” en accidentes aéreos (14).

c) *Desaparición de personas y desaparición de cadáveres*

Todo este material jurisprudencial y legislativo es sistematizado por la doctrina, que construye una teoría de la “desaparición”, con

11) Conf. ESPÍN, Diego: *Manual de Derecho civil español, Parte General*, 3.ª ed., “Rev. de Der. Privado”, Madrid, 1968, cap. XV, pp. 251 y ss., y CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Parte General*, t. I, vol. 2, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1963, p. 294.

(12) Conf. MAZEAUD, Henri, Leon y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, traducción al castellano, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1959, Parte I, vol. II, 446, página 12; “El individuo del que existe *casi la certeza* de que ha muerto, sin que se haya podido encontrar su cadáver, es un desaparecido”.

(13) Autores y obra citada en nota 10, p. 839.

(14) “Art. 42 (Decreto del 30 de noviembre de 1955).—En el caso de desaparición sin noticias de una aeronave, el aparato se considerará perdido tres meses después de la última noticia.

La muerte de las personas que se encontraban a bordo de la aeronave puede ser declarada judicialmente después de expirado ese plazo, por aplicación de los arts. 87 a 89 del Código civil...”

efectos de muerte probada. Pero durante mucho tiempo no existieron en Francia normas de carácter general, sino solamente las disposiciones aisladas que reseñamos más arriba. Recién el 30 de octubre de 1945 una ordenanza vinculada con el Registro Civil, generaliza estas disposiciones, regulando en el artículo 88 la declaración judicial de fallecimiento por causa de “desaparición” (posteriormente estas disposiciones fueron modificadas por otra ordenanza del 23 de agosto de 1958); de esta manera viene a llenarse la laguna que existía en el sistema jurídico francés, que no contemplaba la ausencia con presunción de fallecimiento, y la nueva norma es aplicable a dos hipótesis:

1) No se encuentra a una persona, que ha estado en circunstancias tales que ponían en peligro su vida (15).

Aquí, como dicen los Mazeaud, sólo hay “casi certeza de la muerte” (16). Se trata de una hipótesis de *desaparición de persona*, asimilable, en cierta manera, a los “casos especiales” de ausencia con presunción de fallecimiento que contempla el Derecho argentino, y a los que nos referiremos luego.

2) Existe *certeza* de la muerte, pero ha “desaparecido el cadáver” (párrafo final del art. 88) (17).

Esta hipótesis sería asimilable a la que ha sido agregada al artículo 108 del Código civil argentino por la ley 14.394.

Vemos, pues, que en el propio Derecho francés, dentro de la desaparición, se distinguen claramente dos hipótesis, en una de las cuales sólo se presume el fallecimiento y hasta se regulan los efectos de la “reaparición” (ver art. 92 del C. civil francés), porque sólo se trata de “desaparición de la persona”, mientras que en la otra hay “absoluta certeza” de la muerte, y lo único que ocurre es que no se ha podido encontrar *el cadáver*.

Podemos, entonces, concluir esta breve reseña del Derecho francés señalando que en el momento actual encontramos:

1) La *ausencia declarada*, que se basa en la simple falta de noticias y solamente prevé el cuidado o distribución de los bienes del ausente.

2) La declaración judicial de muerte por *desaparición de la persona* en circunstancias tales que su vida corría peligro, con efectos iguales a la muerte probada.

3) La declaración judicial de muerte probada, por *desaparición del cadáver*, existiendo certeza de que se produjo el fallecimiento.

(15) “Art. 88 del C. civil francés (ordenanza del 23 de agosto de 1958).— Se puede declarar judicialmente, a pedido del Procurador de la República o de las partes interesadas, la muerte de cualquier francés *desaparecido* en Francia o fuera de Francia, en circunstancias de tal naturaleza que pusieran su vida en peligro, cuando su cuerpo no ha podido encontrarse...”

(16) Ver cita efectuada en nota 12.

(17) “Art. 88 del C. civil francés (ordenanza del 23 de agosto de 1958).— ... El procedimiento de declaración judicial de muerte es también aplicable cuando hay certeza del fallecimiento, pero el cadáver no ha podido ser encontrado.”

IV. OTRAS LEGISLACIONES DE LA FAMILIA ROMANISTA

a) *Italia*

Se ha dicho con frecuencia que el Código civil italiano de 1865 era una copia del Código Napoleón; sin embargo, en este punto de la ausencia encontramos una diferencia notable, pues el legislador ha sabido tener en cuenta los defectos de la Ley francesa y ha buscado una solución diferente para superar las dificultades que se creaban en ese ordenamiento legislativo.

Encontramos así, por primera vez, una norma de carácter general que equipara la “desaparición” con la muerte probada, el artículo 391, que se encuentra en el título que trata de los actos del Registro civil y —más específicamente— de las partidas de defunción (18).

Debe, entonces, distinguirse entre los “ausentes”, personas sobre cuya existencia hay dudas, y los “desaparecidos”, cuya muerte es cierta, porque ha ocurrido en un accidente de tal naturaleza que no deja ninguna duda sobre el fallecimiento, aunque no haya podido encontrarse el cadáver (19).

Para la ausencia se mantiene una regulación similar a la del Código civil francés, mientras que la “desaparición” es una hipótesis de muerte probada, con efectos iguales a la de este hecho, razón por la cual deberá abrirse el juicio sucesorio; entregarse los bienes a los herederos, y se admitirá que el cónyuge del desaparecido contraiga nuevo matrimonio.

Sancionado el nuevo Código civil en 1942, se cambia totalmente la regulación de la ausencia; se adopta la denominación de “desaparecido” en reemplazo de la “ausencia presunta” (20); hay luego una “declaración de ausencia”, que suma al hecho de la desaparición el transcurso del tiempo y un pronunciamiento judicial (21), y, finalmente, se ha incluido en el Código una “declaración de muerte presunta”, institución que no era conocida en los textos anteriores y en la cual se distinguen hipótesis ordinarias e hipótesis especiales de plazos reducidos cuando la persona se ha encontrado en situación de

(18) “Art. 391 (C. civil italiano de 1865).—En caso de muerte, cuando no sea posible encontrar o reconocer el cadáver, el alcalde u otro oficial público efectuará un sumario y lo transmitirá al procurador del Rey, por cuya orden, después de obtenida la autorización del tribunal, se agregará dicho sumario en el Registro del Estado civil.”

(19) Conf. SERRANO Y SERRANO, *Ignacio, La ausencia en el Derecho español*, ed. “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1943, p. 42.

(20) Ver BARBERO, *Doménico, Sistema del Derecho privado* (traducción al castellano de Santiago Sentís Melendo), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, n.º 104, pp. 228 y ss.

Esta situación, contemplada en el art. 48 del C. civil italiano, corresponde, en cierta medida, a lo que nuestro Derecho conoce como “ausencia con bienes en estado de abandono”.

(21) Obra y autor citados en nota anterior, p. 131. El problema está regulado en los arts. 49 a 57 del C. civil italiano. Sus efectos son similares a los de la *ausencia* del Derecho francés, sin repercusión sobre el vínculo matrimonial.

grave riesgo (22), con efectos prácticamente iguales a los de la muerte probada no sólo en el ámbito patrimonial, sino también en el de las relaciones matrimoniales, pues habilita al cónyuge a contraer nuevo matrimonio (23).

No encontramos en este nuevo Código ninguna norma que reproduzca el viejo artículo 391, que al parecer ha sido considerado innecesario, en razón de que a la "declaración de muerte presunta" se le otorgan efectos similares a la muerte probada. Solamente hallamos en el Código de Navegación algunas disposiciones (24) que facilitan y aceleran la tramitación del procedimiento de declaración de muerte presunta, cuando se trata de desapariciones ocurridas en el mar o en ocasión de naufragios (25), y que encuentran su antecedente en el artículo 396 del Código civil de 1865.

b) España

El problema también se ha planteado en España, cuyas leyes tampoco concedían a la ausencia efectos similares a los de la muerte, lo que obligó a dictar normas especiales para regular la situación de los desaparecidos.

Encontramos así los decretos del 1.º de mayo de 1873 y 17 de julio de 1874, para los casos de accidente, incendio o naufragio; el artículo 90 de la ley de Registro Civil, para los militares desaparecidos en campaña; el decreto de 19 de febrero de 1923, con motivo de la Guerra de Africa, para el personal del Ejército y agregados desaparecidos en el desastre de Annual, y, con motivo de la última Guerra Civil, el decreto del 8 de noviembre de 1936 y las órdenes del 10 de noviembre de 1936, 12 de agosto de 1941 y 15 de diciembre de 1949, sobre los desaparecidos en ese período, fuesen o no combatientes (26).

El Código civil de 1889 regulaba la ausencia con alcances bastante similares a los trazados en el Derecho francés y, aunque posteriormente estas normas han sido modificadas (27), llegándose a consagrar una "declaración de fallecimiento" (arts. 193 a 197), sus efectos no se equiparan a los de la muerte probada, especialmente en el ámbito matrimonial, ya que el vínculo no se disuelve por esta declaración (28). Se considera, sin embargo, que el último párrafo del artículo 195 estaría en concordancia con las disposiciones que sobre el particular se encuentran en el Derecho canónico, por las que se

(22) BARBERO, ob. cit., p. 235. La Ley dedica a esta hipótesis los artículos 58 a 68; los casos especiales de plazo reducido están contemplados en el art. 60.

(23) TRABUCCHI, A., *Instituciones de Derecho civil* (traducción al castellano de Luis Martínez Calcerrada), Ed. "Rev. de Der. Privado", Madrid, 1967, t. I, p. 83. La Ley italiana trata el problema en los arts. 65 y 68.

(24) Arts. 206, 209 y 211 del Código de Navegación.

(25) TRABUCCHI, A., Ob. cit., p. 84.

(26) Ver ESPÍN, ob. cit., p. 252, n. 48, y CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 318.

(27) Ley de 30 de diciembre de 1939.

(28) SERRANO Y SERRANO, I., Ob. cit., p. 402.

admite un nuevo matrimonio, con permiso especial del Obispo o de la Santa Sede, cuando exista "certeza moral" de que se ha producido la muerte del ausente (29).

Por su parte, la ley de Registro Civil actualmente en vigencia, recogiendo como precedente no sólo el artículo 90 de la ley de 1870 —al que hemos hecho mención más arriba—, sino también la orden del 28 de diciembre de 1900 y la Resolución del 25 de enero de 1932, incluye entre las hipótesis de muerte probada aquellos casos en los que el cadáver hubiere desaparecido o se hubiere inhumado antes de la inscripción (art. 86, ley del 8 de junio de 1957). Pero para ello no basta la simple ausencia ni las presunciones de fallecimiento, sino que "se requiere *certeza indudable*", según la expresión empleada en el Reglamento del Registro Civil (30), y la doctrina española más autorizada estima que debe juzgarse la materia con el mayor rigor, "debiendo evitarse todo confusiónismo con las situaciones de hecho en las que sólo cabe dictar resoluciones declarativas de ausencia" (31), señalando como supuestos de "desaparición" los ya conocidos de naufragos, viajeros de aeronaves, mineros sepultados en un derrumbe o personas caídas en un glaciar o sima en condiciones análogas.

V. CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LAKE SUCCES (1950)

En el ámbito internacional también ha sido motivo de preocupación el problema de los "desaparecidos" y la necesidad de llegar a una declaración judicial de fallecimiento con efectos equiparables a los de la muerte, tanto en el ámbito patrimonial como de las relaciones de familia, problema que se había agudizado sobremanera con motivo de la Segunda Guerra Mundial. A raíz de esto se firmó por 25 países, el 6 de abril de 1950, una "Convención Internacional sobre declaración de muerte de personas desaparecidas".

Se procuraba en dicha convención contemplar la situación de las personas desaparecidas durante los años 1939 a 1945 en circunstancias de guerra o de persecuciones raciales, políticas, ideológicas, cuando esas personas hubiesen tenido su última residencia en Europa, Asia o Africa, es decir, en los continentes que fueron el principal

(29) Autor y lugar citados en nota anterior.

(30) "Art. 278 (Decreto del 14 de noviembre de 1958).—Cuando el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado, no basta, para la inscripción, la fama o posibilidad de muerte, sino que *se requiere certeza indudable*.

En su caso, a la Autoridad Judicial que instruye las diligencias seguidas por la muerte, debe haber precedido informe favorable del Ministerio Fiscal, y si se trata de Autoridad Judicial militar, el del Auditor; si la Autoridad Judicial es extranjera, se instruirá, para poder inscribir, el oportuno expediente.

Para precisar las circunstancias en el expediente o diligencias, se tendrá en cuenta las pruebas previstas para el de reconstitución..."

El art. 279 del Reglamento del Registro Civil también se vincula con este problema.

(31) Conf. PERÉ RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, t. II, p. 789.

teatro de las acciones bélicas. Se requería, también, que hubiesen transcurrido *cinco* años desde la última noticia del desaparecido.

Por sus características, la figura contemplada corresponde a la que hemos denominado “desaparición de personas”, al ocuparnos del Derecho francés, o a lo que en el Derecho alemán se llama “ausencia calificada” y en el Derecho argentino está previsto como “hipótesis extraordinarias” de ausencia con presunción de fallecimiento.

VI. LA AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Ya el jurista brasileño Freitas había advertido las deficiencias del Código Napoleón sobre el punto, y nuestro codificador recoge esa opinión en la nota al artículo 110:

“Freitas observa que el Código francés y los demás que lo ha seguido no hablan precisamente de la ausencia con presunción de fallecimiento...” (32).

Y agrega luego Vélez Sársfield:

“... La declaración judicial que por esos Códigos debe hacerse, es meramente declaración de ausencia, cuando debía ser declaración del día del fallecimiento presunto, según las mismas resoluciones finales, que en dichos Códigos se advierte. Es, pues, inútil notar las concordancias con los Códigos extranjeros.”

Advertido el codificador de los defectos del Código Napoleón, pone especial cuidado en regular la ausencia con presunción de fallecimiento (33), e incluso distingue una hipótesis ordinaria, en que la declaración de ausencia tiene como base la falta de noticias durante seis años (arts. 110 y 111), y una hipótesis extraordinaria, cuyo plazo se reduce a tres años, porque a la falta de noticias se suma otra circunstancia, como haber sido gravemente herido en un episodio bélico, o haber desaparecido conjuntamente con otras personas en un siniestro, o haberse encontrado en un buque que ha naufragado (artículo 112) (34).

(32) Ver la nota al art. 257 del “Esbozo” de Freitas.

(33) Aunque, a su vez, nuestro codificador descuidó el problema de la ausencia con bienes en estado de abandono.

(34) VÉLEZ SÁRSFIELD, en el art. 113, reprodujo textualmente el inc. 2.º del art. 244 del “Esbozo” de Freitas. A su vez, el jurista brasileño expresa en la nota a este artículo que en esta materia ha adoptado, con algunas modificaciones, las ideas del Código de Chile, que es “el que mejor ha reglado este asunto del fallecimiento presunto”. Debe, pues, consultarse también como antecedente el art. 81 de la obra de ANDRÉS BELLO, en especial su inciso 7.º

En la doctrina alemana, en estas hipótesis, se habla de “ausencia calificada” (v. ENNECCERUS, L., *Derecho civil. Parte General*, traducción al castellano de Pérez y Alguer, Ed. Bosch, Barcelona, t. I, n.º 79-II, pp. 338 y ss.

De esta forma, nuestro Código prevé como un supuesto especial de ausencia con presunción de fallecimiento las hipótesis que en la doctrina francesa van a ser englobadas en la “desaparición de personas”, para motivar —en ese ordenamiento jurídico— una “declaración judicial de muerte”.

Ahora bien, aunque en el Código predomina siempre la incertidumbre respecto a la vida del ausente, cabe destacar que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento tenía, en el ámbito de las relaciones patrimoniales, efectos casi iguales a los de la muerte probada (35), y que difieren mucho de los que el Código francés atribuye a la simple “declaración de ausencia”. Así vemos que una vez que el juez declaraba la “ausencia con presunción de fallecimiento”, y fijaba el día presuntivo de la muerte:

1) Se procedía a la apertura de la sucesión y se mandaba abrir el testamento, si lo hubiese (art. 116);

2) Se entregaban los bienes a los herederos, primero en posesión provisional (art. 118), y luego de manera definitiva (art. 122), pero siempre en su carácter de herederos, y

3) Se ponía fin y liquidaba la sociedad conyugal (art. 123).

En cambio, la ausencia con presunción de fallecimiento no afectaba al vínculo matrimonial, que se mantenía indisoluble, mientras no se probase la muerte efectiva del ausente (art. 223 del Código civil y 83 de la ley de matrimonio civil).

Esta ha sido, sin duda, la razón que impulsó a algún jurista, como Bibiloni, a proponer la incorporación a nuestro sistema de la “desaparición”, inspirándose en el Código italiano de 1865 (36), al tiempo que proyectaba conceder al cónyuge del ausente la posibilidad de contraer nuevas nupcias (37). Lo que no advirtió Bibiloni es que era innecesario superponer ambas soluciones, pues con una sola de ellas se alcanzaba el objetivo buscado.

(35) Conf. LLAMBIAS, J. J., *Ob. cit.* en nota 4, n.º 972, p. 656.

(36) “Art. 90 (Anteproyecto de Bibiloni).—Cuando una persona ha desaparecido en tales circunstancias que su muerte deba ser tenida como cierta, la muerte puede ser inscrita en el Registro por orden de la autoridad policial o judicial que levantó el sumario de investigación, aunque el cadáver no se haya encontrado, o no haya sido identificado.

Toda persona interesada puede decir, sin embargo, que se haga constar judicialmente la existencia o la muerte de la persona desaparecida.”

Posteriormente siguieron un camino parecido el Proyecto de Reformas de 1936 (art. 41 y art. 31 del Proyecto de Ley sobre Registro de Inscripciones), y el Anteproyecto de 1954 (art. 50).

(37) “Art. 648 (Anteproyecto de Bibiloni).—El matrimonio celebrado por el cónyuge de un ausente después de la declaración de su fallecimiento, disuelve el anterior, a menos que se hubiera realizado teniendo noticia ambos contrayentes de la existencia efectiva del ausente.”

VII. AUSENCIA Y DESAPARICIÓN EN LA LEY 14.394

El panorama varía a fines de 1954, cuando el Congreso de la Nación sancionó la ley 14.394, cuyo capítulo III (arts. 15 a 32) contiene una serie de normas dedicadas a la ausencia (38).

En primer lugar, llena la laguna del Código respecto a la hipótesis de ausencia con bienes en estado de abandono (arts. 15 a 20).

En segundo lugar, reduce el plazo ordinario de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de seis años a tres (artículo 22), lo que se justifica plenamente por los asombrosos progresos operados en el último siglo en materia de transporte y de comunicaciones; casi no hay región del mundo, por lejana o aislada que se encuentre, que no pueda comunicarse con cualquier otro punto del planeta en escasos segundos por medio de la radio o de la telegrafía sin hilos. No hay, pues, razones para que una persona permanezca largos períodos sin que de ella se puedan obtener noticias.

En tercer lugar, desdobra la hipótesis extraordinaria de ausencia calificada, que correspondía aproximadamente a lo que en Francia se ha contemplado como "desaparición de personas" y en Venezuela como "presunción de muerte por accidente" (39), en dos casos bien diferenciados. En el primero se ocupa de aquellas personas que se encontraron en el lugar de un siniestro que pudo poner en peligro su vida (incendio, terremoto, acción de guerra, etc.), y dispone que procederá declarar su fallecimiento presunto al cabo de dos años (artículo 23, inc. 1), pero distingue, dentro de estos siniestros, como segunda hipótesis, el caso de las "naves o aeronaves naufragadas o perdidas" (art. 23, inc. 2), exigiendo solamente que hayan transcurrido seis meses desde la última noticia.

La distinción es muy acertada; hoy todos los barcos mercantes y de guerra están provistos de aparatos transmisores y receptores, que les permiten comunicarse con los otros barcos que navegan en aguas vecinas y con los puertos; prestar auxilio a quienes se hallen en las cercanías o solicitarlo en caso de peligro. Las aeronaves comer-

(38) Estas normas son reproducción casi textual de las contenidas en el Anteproyecto de Código civil de 1954, en los artículos 53 a 69, salvo en el artículo 31 de la ley 14.394, que se refiere a la posibilidad de que el cónyuge del ausente contraiga nuevas nupcias, problema que estaba contemplado, aunque con otra redacción y efectos, en el art. 439 del mencionado Anteproyecto de 1954.

Se advierte también en el Anteproyecto una laguna: no hacía referencia a la disolución de la sociedad conyugal, lo que motivó un agregado en la parte final del art. 30 de la ley 14.394 (corresponde al artículo 68 del Anteproyecto), no muy feliz, en cuanto a la ubicación, que ha permitido a algunos autores sostener que la sociedad de gananciales subsiste después de la declaración de muerte presunta, durante cinco años.

En realidad, con la declaración de muerte la sociedad se disuelve; lo único que subsiste es el derecho del cónyuge de lograr que no se efectúe la liquidación durante ese lapso.

(39) Ver *La presunción de muerte por accidente* de HANNA BINSTOCK, "Studia Iuridica", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1973, n.º 3, páginas 9-70.

ciales también deben estar provistas de radiotransmisores y mantener contacto periódicamente con el aeropuerto más cercano.

Por otra parte, y pese a lo que algunos autores hayan sostenido, los hechos demuestran que es un verdadero acierto del legislador haber incluido estas hipótesis dentro de la "presunción de fallecimiento", y no dentro de la "muerte probada". Por más que se arguya que las circunstancias "climáticas y biológicas" pueden llevar al juzgador a la convicción de que los tripulantes deben haber fallecido, nunca se tendrá absoluta certeza y es conveniente esperar el plazo de seis meses que fija la ley argentina, antes de que se llegue a la "declaración de muerte presunta".

El dramático accidente de aviación ocurrido en plena cordillera de los Andes a la aeronave uruguaya que transportaba un grupo de jugadores de rugby y sus familiares, que permaneció extraviada durante casi tres meses, demuestra cómo puede haber sobrevivientes pese a las más adversas condiciones y en circunstancias en que la lógica llevaría a asegurar que todos los tripulantes y pasajeros "debían haber perecido".

Agreguemos, por último, con relación a la situación matrimonial, que el artículo 31 de la ley 14.394 habilita al cónyuge del ausente a contraer nuevo matrimonio, y en tal caso el vínculo primitivo se disuelve en el momento de efectuarse las nuevas nupcias.

Por ello podemos decir que la nueva ley argentina de "ausencia con presunción de fallecimiento" produce efectos, en todos los ámbitos —personal, familiar y patrimonial—, que pueden equipararse casi totalmente a la muerte probada (40).

Con respecto a la desaparición, encontramos el artículo 33 de la ley 14.394, contenido en un capítulo aparte, el IV; ya no se trata aquí de hipótesis de ausencia, sino de muerte probada. La norma exige *certeza* (41) sobre la existencia del cadáver, y no una mera "convicción" de que la muerte es casi segura. Si se trata de eludir el artículo 23 de la ley y recurrir al artículo 33 para conseguir que se declare una "desaparición de cadáver", cuando sólo se está frente a hipótesis de "ausencia con presunción de fallecimiento", se está forzando la aplicación de los textos legales, sin que haya verdadera necesidad, pues, en sus efectos de "fondo", ausencia y desaparición son prácticamente equiparables. Se trata, en realidad, de eludir solamente algunas exigencias legales, como la publicación de edictos, o adelantarse y lograr la declaración de muerte antes de que transcurran los plazos previstos por la ley, y los magistrados deberían mostrarse celosos defensores del cumplimiento de estos requisitos, que han sido establecidos para salvaguardar los intereses del ausente.

Quizá se nos pregunte: ¿cuándo podría, entonces, aplicarse el artículo 33 de la ley 14.394? Solamente en aquellas circunstancias

(40) Conf. ARAUZ CASTEX, MANUEL, *Parte General*, Buenos Aires, 1965, tomo I, 720, p. 432.

(41) El texto del art. 33 de la ley 14.394 puede ser consultado en la nota 5 de este trabajo.

excepcionales en que hay certeza absoluta de que la muerte se ha producido, aunque no haya sido posible encontrar el cadáver para la verificación del deceso por el oficial público; verbigracia, como en el Derecho francés, cuando se produce el derrumbe en una mina y quedan atrapados en una de las galerías los obreros de un turno. Consta con seguridad total que esas personas se encontraban trabajando; los cadáveres no pueden ser rescatados, pero hay certeza absoluta de la muerte. Podemos también imaginar el caso de un andinista que, a la vista de sus compañeros, se despeña en la grieta de un ventisquero y, además, las hipótesis en que los cuerpos se encuentran, pero son inidentificables; verbigracia, un avión —en el que sabemos que viajan 10 personas— a poco de despegar se precipita a tierra envuelto en llamas y todos los ocupantes perecen carbonizados; hay restos humanos de 10 cadáveres, pero —individualmente— resultan inidentificables.

En cambio, si se trata de la mera desaparición de la nave o aeronave, como en el caso del rastreador "Fournier" (42), del "Avro Lincoln", pilotado por Mendioroz (43), o de la avioneta en que viajaban Blaquier y Estivill (44), no es correcto recurrir al artículo 33, sino que debe aplicarse la disposición específica del artículo 23. A esta solución llegamos también de manera forzosa si procuramos interpretar sistemáticamente la ley 14.394, ya que no puede concebirse que las dos normas (arts. 23 y 33) contemplan hipótesis similares, dándoles soluciones distintas...; ¡una de las dos estaría de más!

Por ello, insistimos, debe aplicarse el régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento cuando la persona se ha encontrado en circunstancias que han puesto en grave riesgo su vida, pero no hay certeza absoluta de la muerte. Esos casos, que en el Derecho francés son de "desaparición de la persona", para nuestro sistema jurídico son hipótesis de ausencia.

(42) "Bachiega, Tori de (suc)", *J. A.*, 1952, t. II, p. 455. En la especie el tribunal habló de muerte probada, forzando los textos entonces vigentes; ello quizá se justificaba más en ese momento, porque todavía no se había sancionado la ley 14.394, y la declaración de fallecimiento presunto no habilitaba para contraer nuevo matrimonio.

(43) El 22 de marzo de 1950 se perdió en la región antártica el Avro Lincoln B-019, pilotado por Bautista Faustino Mendioroz; posteriormente se aceptó como prueba supletoria de su muerte un Decreto del Poder Ejecutivo Nacional que consideraba al piloto de la aeronave como fallecido "en y por actos de servicio"; en "Mendioroz, José (suc)", Juzgado Nacional de Río Negro, la instancia firme, 30 de junio de 1954, "*J. A.*", 1955, t. I, p. 10, con nota de SPOTA, titulada "Prueba de la muerte ocurrida en desastre aéreo", que elogia el fallo.

Desearnos insistir sobre el hecho de que tanto este caso como el del rastreador "Fournier", citado en la nota anterior, fueron resueltos antes de la sanción de la ley 14.394, cuando la "ausencia con presunción de fallecimiento" no producía efectos equiparables a los de la muerte probada.

(44) "Blaquier, J. J. S. (suc)", "*J. A.*", 1960, IV, p. 94. Con relación a este caso ver nuestro comentario, citado en nota 2.

La “desaparición”, en el Derecho argentino, se reduce a los casos de “certeza” plena del fallecimiento.

VIII. CONCLUSIONES

1) La ausencia con presunción de fallecimiento, en el sistema jurídico argentino actualmente vigente, produce efectos equiparables a los de la muerte probada, habilitando incluso al cónyuge del ausente a que contraiga nuevo matrimonio (art. 31, ley 14.394).

2) Los plazos establecidos como requisito para poder llegar a la “presunción de fallecimiento”, se ajustan a las necesidades del mundo moderno, y tienen como finalidad salvaguardar los intereses del ausente, por lo que deben ser respetados celosamente.

3) La “desaparición”, en el Derecho francés, comprende dos situaciones diferentes: *a)* desaparición de la persona, que corresponde a lo que el sistema jurídico argentino regula como “hipótesis extraordinarias de ausencia con presunción de fallecimiento”, y *b)* desaparición del cadáver.

4) El agregado efectuado al artículo 108 del Código civil argentino, por el artículo 33 de la ley 14.394, legisla la “desaparición de cadáver” como un caso de muerte probada.

5) Para que pueda declararse la “desaparición”, en virtud del mencionado artículo 108, el juez debe tener “certeza” absoluta de que la muerte se ha producido, y no la simple convicción basada en presunciones, por fuertes que ellas sean.

Los productos farmacéuticos y su patentabilidad en el sistema de la propiedad industrial francesa

RAMON M. MULLERAT BALMAÑA

Abogado

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Desarrollo histórico:* 1. Etapa de desconocimiento de los productos farmacéuticos por las disposiciones relativas a la propiedad industrial. Declaración de 24 de diciembre de 1762, Edicto de 12 de marzo de 1776, Ley de 7 de enero de 1791 y Reglamento de 25 de mayo de 1972. 2. Etapa de prohibición, Ley de 5 de julio de 1844. 3. Etapa de protección atenuada de los productos farmacéuticos. Ley de 11 de septiembre de 1941, Decreto de 27 de marzo de 1944, Decreto de 23 de mayo de 1945, Decreto de 22 de mayo de 1946 y Decreto de 30 de septiembre de 1953. 4. Etapa de protección decidida de la propiedad de los productos farmacéuticos. Ley de 4 de febrero de 1959. 5. Etapa de protección indiscriminada de los productos farmacéuticos. Ley de 2 de enero de 1968.—III. *Sistema actual y especialidades de la protección de los productos farmacéuticos tras la publicación de la ley de 2 de enero de 1968.*

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo que publicamos hace unos años bajo el título "Los productos farmacéuticos y su patentabilidad" (1), analizamos la actitud de los distintos ordenamientos jurídicos en relación con la patentabilidad de los medicamentos y, con tal motivo, distinguíamos dos grandes grupos de ordenamientos: aquéllos en los que los productos medicamentosos no eran patentables (Francia, Italia, Suiza, etcétera) y aquellos otros en los que los productos medicamentosos eran patentables (Gran Bretaña, Estados Unidos, Alemania, etc.).

En tal trabajo hacíamos resaltar cómo, a pesar de las serias razones que fundamentan la prohibición (2), muchos de los países civi-

(1) Publicado en la "Revista de Derecho Privado" correspondiente al mes de abril de 1970.

(2) En el mencionado trabajo señalábamos las siguientes:

1.^a La concesión de patentes sobre los productos medicamentosos permite la creación de monopolios sobre la producción de los mismos y, en definitiva, la especulación de la salud pública. Esta es la razón principal que suele oponerse a la patentabilidad de los productos farmacéuticos.

lizados han cambiado diametralmente de actitud y optado recientemente por el sistema de libre y no restringida patentabilidad de los productos que ocupan nuestra atención.

Uno de los países en los que más claramente puede observarse el cambio operado, es el ordenamiento de Francia, nuestro país vecino, puesto que de la categórica declaración prohibitiva del artículo 3.º de la Ley de 5 de julio de 1844 pasó a la de máxima libertad contenida en la moderna Ley de 2 de enero de 1968.

II. DESARROLLO HISTÓRICO

Nos proponemos en este capítulo señalar las diversas disposiciones legislativas que, de modo directo, se han promulgado en Francia en relación con el problema que nos ocupa, agrupándolas en diversas etapas.

1. *Etapas de desconocimiento de los productos farmacéuticos en relación con su patentabilidad*

Incluimos dentro de este título una serie de disposiciones relativas a la propiedad industrial que no contienen especialidad alguna en relación con los productos medicamentosos.

a) *Declaración de 24 de diciembre de 1762*, que limitaba a quince años la duración de la protección de los privilegios en materia de propiedad industrial y que no contiene especialidad alguna respecto de los productos medicamentosos.

b) *Edicto de Turgot de 12 de marzo de 1776*, que constituye la primera reglamentación en materia de invenciones patentables y que garantizaba a todo inventor durante el plazo de quince años el disfrute íntegro de su descubrimiento.

c) *Ley de 7 de enero de 1791*.

d) *Reglamento de 25 de mayo de 1792*, que, al igual que la anterior Ley que el mismo desarrolla, no contiene especialidad algu-

2.^a En tales inventos, en muchas ocasiones, falta un elemento indispensable para la patentabilidad: el resultado técnico.

3.^a Las relaciones del individuo consigo mismo y con sus facultades corporales son consideradas por algunos como formando parte de un orden íntimo no susceptible de derechos.

4.^a No cabe duda de que, aun en los sistemas legislativos en que las patentes se conceden sin previo examen, existe una creencia popular de que los inventos que han merecido una patente han sido previamente analizados y aprobados por la administración, con lo que, de patentarse los medicamentos, en cierta manera han de ser considerados como recomendados o, al menos, avalados por el Estado.

5.^a Se considera que la protección que se deriva de una patente para los productos farmacéuticos implica una restricción indeseable de la libertad industrial, puesto que el hallazgo de procedimientos nuevos que diesen como resultado este producto, no permitiría al inventor de estos medios hacer uso de ellos sin el permiso del titular de la patente del producto.

na en relación con los productos farmacéuticos y la patentabilidad de los mismos.

2. *Etapas de prohibición de patentabilidad de los productos farmacéuticos. Ley de 5 de julio de 1844*

La Ley de 5 de julio de 1844 fue la primera ley francesa en materia de propiedad industrial, que ha regido hasta hace muy poco (3).

A la entrada en vigor de esta ley, los productos farmacéuticos podían ser privilegiados por una patente como cualquier otro producto. Pero, en la práctica, al solicitar una patente para un medicamento, se consultaba a la Academia de Medicina y ésta se pronunciaba acerca de si la composición podía considerarse perjudicial o peligrosa. En caso afirmativo, se prevenía de ello al inventor y, si éste persistía en su intención de patentar su descubrimiento, no obstante concedérsele la patente, posteriormente el Ministerio Público pedía su nulidad ante los tribunales.

Es la Ley de 5 de julio de 1844 la que, después de una extensa discusión, estableció la no patentabilidad al ordenar en su artículo 3.º que no podían ser patentadas:

“1.º Les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toutes espèces, les dits objets demeurant soumis aux lois et réglemens spéciaux sur la matière et, notamment, au décret du 18 août 1810, relatif aux remèdes secrets...”

La Ley de 1844 referida, como vemos, prohibía el privilegio de la patente para las composiciones farmacéuticas y remedios de todas clases, pero permitía, al no prohibirlo expresamente, que fueran patentados tanto los procesos como los medios de fabricación de los medicamentos.

Este sistema, no obstante mantenerse cerca de un siglo, fue, ya desde su mismo inicio, duramente criticado, pues, como decían algunos autores, resulta injusto despojar de protección jurídica a toda una clase de inventores y precisamente a aquéllos que tienen mayor derecho al reconocimiento público (4).

La severa crítica a que fue sometida la prohibición contenida en el artículo 3.º de la Ley de 1844 trajo como consecuencia, por un lado, un esfuerzo de la jurisprudencia en restringir al máximo la prohibición legal. En este sentido, la Cour de Paris (Ann. 1958, página 97), al resolver sobre la validez de una patente relativa a un agente de contraste, consideró que el precepto contenido en el artículo 3.º de la ley constituía una excepción a la regla general de

(3) Esta ley ha regido concretamente hasta la entrada en vigor de la nueva ley sobre patentes de 2 de enero de 1968, cuyo art. 72 la deroga expresamente. El art. 71, no obstante, establece que las patentes solicitadas antes del día de entrada en vigor de la nueva ley quedarán sometidas a las reglas aplicables en la fecha de su petición.

(4) POUILLET, citado por P. DEVANT, R. PLASSERAUD, R. GUTMANN, H. JACQUELIN, M. LEMOINE, “Brevets d’invention”, París, 1971, p. 102.

patentabilidad de todos los productos industriales y, dado que las excepciones son de interpretación restrictiva, estimó que era preciso limitar la excepción a “lo que está reservado a los farmacéuticos en aplicación de las leyes que los rigen”, es decir, a los productos enumerados en el artículo 511 del Código de la Salud Pública que define lo que hay que entender por medicamento y que, al menos en la versión que presentaba en aquella época, no comprendía a los agentes de contraste. Por otro lado motivó la aparición de diversos proyectos y proposiciones de ley, entre ellos el de 18 de febrero de 1908 y otro de 1931 que no llegaron a prosperar, y la Ley de 27 de enero de 1944, de la que hablaremos posteriormente, que ratificando la prohibición del número 1 del artículo 1.º de la Ley de 1844, dejó establecido que tal prohibición afectaba a los procedimientos, dispositivos y medios encaminados a la obtención de tales productos y, por ende, podían ser patentados. A partir de esta ley modificadora, el número 1 del artículo 3.º mencionado quedó redactado así:

“Ne sont pas susceptibles d’être brevetés:

“1.º Les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, les dits objets demeurant soumis aux lois et règlements spéciaux en la matière, et l’exclusion ne s’appliquant pas aux procédés, dispositifs et aux moyens servant a leur obtention...”

3. *Etapa de protección atenuada de los productos farmacéuticos. Ley de 11 de septiembre de 1941 Decreto de 27 de marzo de 1944, Decreto de 23 de mayo de 1945, Decreto de 22 de mayo de 1946 y Decreto de 30 de septiembre de 1953*

La Ley de 11 de septiembre de 1941 y sus complementarias disposiciones constituidas por los Decretos de 24 de julio de 1942 y 23 de mayo de 1945 y la Ley de 22 de mayo de 1946, crean el “visado de especialidades farmacéuticas”.

La Ley de 11 de septiembre de 1941 no abroga el sistema anterior. No obstante, haciéndose eco de la necesidad de mejorar la situación del inventor de productos medicinales, crea un sistema que permite garantizar, aunque de forma atenuada, los intereses de dicho inventor.

Dicho visado se otorga a las especialidades farmacéuticas presentadas bajo un nombre de fantasía y concede a su titular el derecho exclusivo de vender el producto bajo tal nombre.

El visado certifica que el producto ha sido analizado, tiene un interés terapéutico y no resulta peligroso para la salud humana.

El artículo 3.º de la Ley de 22 de mayo de 1946 establece que:

“... La spécialité qui a obtenu le visa est garantie contre toute imitation pendant le delai de six ans qui court du jour où le fabricant de cette spécialité pharmaceutique a été habilité à la mettre en vente.”

El visado, que se parece mucho a la marca registrada, concede, como decimos, a su titular el derecho exclusivo de vender el producto durante el plazo de seis años en que resulta garantizado contra toda imitación. Como consecuencia de ello, quien carezca del visado puede expender también el producto de que se trate, pero bajo el menos atractivo nombre común científico.

El visado consiste en la simple inscripción de la marca de la especialidad en el Ministerio de la Salud Pública. Los requisitos para su concesión y el procedimiento para la obtención del mismo se contaban en el Reglamento de 26 de noviembre de 1956.

El sistema de la Ley de 11 de septiembre de 1941 fue convalidado después de la guerra mundial, habiéndose convertido en los artículos 601 y siguientes del Código de la Salud Pública.

La Comisión de Reforma de la A. F. P. P. I. solicitó en 1953 la modificación de este régimen, en el sentido de que la concesión de los visados se efectuara bajo reserva de los derechos adquiridos por el titular de la patente sobre el proceso de fabricación del producto farmacéutico y del derecho a autorizar la concesión de otro visado sobre el mismo producto al inventor de un nuevo proceso de fabricación del mismo. A este visado se le denominó "pequeña patente", pequeña por su alcance y por su duración.

Como es fácil de ver, con esta innovación se perseguía, sin la aparente mengua del interés público, proteger los intereses del fabricante (5). Lo importante es la protección que en la práctica se concede al producto y, si a esta situación unimos la posibilidad de patentar los procedimientos, dispositivos y medios necesarios para la obtención de los productos farmacéuticos (Ley de 27 de enero de 1944), en la práctica se llega, como consecuencia, a una solución totalmente antitética a la oficialmente en vigor de la Ley de 1844 y, tanto ello es así, que la "Compagnie des Ingenieurs Conseils", en su estudio *La protection en France des inventions conviant des remèdes de produits pharmaceutiques*, concluía en el sentido de que "Il n'y a pas l'ombre d'un doute, l'avantage commercial du visa conduit, dans un 90 % des cas a un monopole absolu de fait".

Por esta razón fue preciso que el Decreto-ley de 30 de septiembre de 1953 (6) estableciera un nuevo sistema denominado de "Licencias especiales" de patentes sobre procedimientos de fabricación.

De acuerdo con esta nueva medida, cuando pudiera demostrarse que un determinado producto escaseaba, bien por existir en el mercado en cantidad o calidad insuficientes o bien por ofrecerse a precio excesivamente alto, podía concederse a terceros no titulares de la patente en el derecho a poder utilizar el procedimiento patentado.

El titular de la patente era entonces invitado a poner a disposi-

(5) MOUSSERON, *Le droit du brevet d'invention*, París, 1961, p. 87.

(6) Este Decreto-ley fue promulgado a propuesta de Marcel Plaisant, que fue reconocida autoridad en materia de propiedad industrial y Presidente de la Delegación Francesa de casi todas las convenciones internacionales de su época de esta rama del Derecho privado.

ción del público los productos del procedimiento de cuya patente era titular, en cantidad, calidad y precios suficientes y razonables. En caso contrario, el Ministro encargado de la propiedad industrial, previa audiencia del titular de la patente, dictaba una resolución, que tenía acceso al Registro de la Propiedad Industrial, en méritos de la cual en adelante cualquier persona podía pedir la licencia especial de explotación de la patente que le era concedida con sujeción a las condiciones fijadas por la Comisión de Licencias Especiales.

4. *Etapa de la protección decidida de la propiedad de los productos farmacéuticos. Ley de 4 de febrero de 1959*

De lo que acabamos de decir resulta evidente que el terreno quedaba perfectamente abonado para la introducción de un sistema nuevo, claro y decididamente protector de los productos medicamentosos.

Este nuevo sistema es el que vino a instaurar la Ordenanza de 4 de febrero de 1959, que fue complementada posteriormente por el Decreto de 30 de mayo de 1960. Esta ordenanza aporta una primera solución satisfactoria al doble problema de la protección de los intereses de la salud pública y los de los inventores (7).

La Ordenanza de 4 de febrero de 1959, sustancialmente, permite patentar los productos farmacéuticos mediante lo que denomina patentes especiales de medicamentos "brevets spéciaux de médicaments" (B. S. M.).

La referida disposición modificó una vez más el texto del párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley de 5 de julio de 1844, básico, como hemos dicho, en materia de propiedad industrial francesa. En virtud de esta modificación, el referido precepto quedó redactado de la forma siguiente:

"Ne sont pas susceptibles d'être brevetés:

1.º Les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, sous réserve de dispositions relatives aux brevets spéciaux de médicaments, et l'exclusion ne s'appliquant pas aux procédés, dispositifs et autres moyens servant à leur obtention."

También fue modificado el artículo 511 del Código de la Salud Pública relativo a la definición de medicamento. El medicamento queda, según el referido artículo, definido de la forma siguiente:

"On entend par médicament toute drogue, substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines et conditionnée en vue de l'usage au poids médicinal, ainsi que tout produit destiné à être administré à l'homme en vue du diagnostic et tout produit diététique qui renferme dans sa com-

(7) P.DEVANT, R. PLASSERAUD, R. GUTMANN, H. JACQUELIN, M. LEMOINE, *Opósculo citado*, p. 102.

position des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ce produit soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve."

La Ordenanza concedía al Consejo de Estado la facultad de desarrollarla, pero estableciendo que las reglas que se dictaren deberían prever la expedición de un aviso documental sobre la novedad susceptible de oposición por parte del beneficiario y de terceros interesados.

Como hemos dicho, las normas concretas que desarrollan la eficacia de los B. S. M. están contenidas en el Decreto de 30 de mayo de 1960.

Examinaremos brevemente las condiciones y características de esta nueva figura del Derecho de Propiedad Industrial.

a) *Denominación*

De acuerdo con el artículo 2.º del Decreto de 30 de mayo de 1960, los títulos relativos a los derechos de los inventores de medicamentos se denominan, por tanto, "brevets spéciaux de médicaments" (B. S. M.).

b) *Regulación*

Estas patentes especiales se hallan, por lo que respecta a sus efectos, reguladas por las disposiciones de la Ley de 5 de julio de 1944, fundamental en materia de propiedad industrial francesa, siempre y cuando tales preceptos no sean contrarios a los que establece el Decreto de 30 de mayo de 1960 y disposiciones complementarias (art. 1.º Decreto 30 de mayo 1960).

c) *Objeto*

El artículo 3.º del referido decreto significa que puede ser objeto de B. S. M. y puede ser patentado como medicamento nuevo "todo producto y toda sustancia o composición, conforme a la definición del artículo 511 del Código de la Salud Pública, presentado por primera vez como poseyendo, en terapéutica humana, propiedades curativas, preventivas, dietéticas o utilizables para la administración al hombre en vistas al diagnóstico".

Añade el segundo párrafo del mencionado precepto que no pueden considerarse como medicamento nuevo las composiciones cuyas propiedades no se diferencien de la suma de las propiedades conocidas de sus constituyentes.

De la lectura del artículo 3.º del Decreto de 30 de mayo de 1960, en el que se establece cuáles son los productos susceptibles de ser objeto de un B. S. M. y, sobre todo, de la vieja pero vigente prohibición del artículo 3.º de la Ley de 5 de julio de 1844, se desprende claramente que no pueden ser objeto de B. S. M. los procedimientos,

dispositivos y otros medios que sirvan para la obtención de los productos.

Sin embargo, el artículo 9 del Decreto de 30 de mayo de 1960, al referirse a la solicitud de las patentes especiales de medicamento, establece que en la descripción del medicamento, además de su fórmula y de sus constituyentes, deberá señalarse por lo menos un procedimiento para prepararlo a partir de elementos comunes, pudiendo este procedimiento ser el único medio de identificar el medicamento en el caso en que no se pueda identificarlo mediante ninguna fórmula o carácter físico, químico o biológico.

De la frase "presentado por primera vez", utilizada por el mencionado artículo 3.º del Decreto, la doctrina deduce que queda excluida de la protección una segunda aplicación del medicamento, aunque ésta sea nueva. Esto es objeto de crítica por un gran número de autores por cuanto no cabe duda de que tal limitación desanima las posibles investigaciones para obtener otras aplicaciones de medicamentos ya conocidos. No obstante, añaden otros, es preciso notar que la protección de una segunda aplicación del medicamento podría, en la práctica, causar problemas particularmente difíciles de resolver.

Algunos autores, no obstante, entienden que el segundo párrafo del artículo 3.º del referido Decreto, al excluir de la patentabilidad tan sólo aquel medicamento cuyas propiedades no son diferentes de la adición de las propiedades conocidas de sus constituyentes, permite pensar en la posibilidad de patentar, para una nueva aplicación, un medicamento ya patentado. Por ejemplo, un producto en forma de pomada para tratamiento de afecciones dermatológicas debería ser patentable nuevamente para esta nueva aplicación, a pesar de que el producto fuera ya objeto de un B. S. M., pero utilizable hasta ahora para el tratamiento de una afección interna por vía oral o parenteral.

d) *Diferenciación entre el B. S. M. y las patentes de la Ley de 1844*

A pesar de que, de conformidad con el artículo 1.º del Decreto de 30 de mayo de 1960, los B. S. M. se hallaban sometidos a la ordenación general y básica en materia de propiedad industrial, es decir, a la Ley de 5 de julio de 1844, en el referido Decreto quedó perfectamente establecido que los B. S. M. constituyen una modalidad perfectamente diferenciada de las patentes que contempla la mencionada ley.

Por eso, el artículo 8.º de dicho Decreto establece que la fabricación, la introducción en territorio francés, la exposición con fines de venta o la venta de un medicamento no perjudican los derechos del titular de una patente, expedida al amparo de la Ley de 5 de julio de 1844, relativa a un producto, sustancia o composición que forman parte del medicamento. Y añade, inversamente, que la fabricación, introducción en territorio francés, exposición con fines de

venta o la venta para usos no farmacéuticos de un producto, sustancia o composición que forma parte de un medicamento protegido por un B. S. M. no perjudica los derechos del titular de este B. S. M.

e) *Petición de las patentes especiales (B. S. M.)*

El capítulo II del Decreto de 1960 regula el procedimiento para la solicitud de la patente especial de medicamentos. (B. S. M.). En este sentido, establece el artículo 9.º que, para solicitar el B. S. M., es preciso presentar la documentación siguiente:

1. Una petición al Ministro competente.
2. Una descripción del medicamento objeto de patente, en la que se especifique:

a) Su fórmula y la de sus constituyentes, en su caso, sus caracteres físicos, químicos o biológicos que permitan identificarlo y, al menos, un procedimiento para prepararlo a partir de elementos conocidos, cuyo procedimiento será el único medio de identificar el medicamento en el caso de que no pueda hacerse a través de ninguna fórmula o carácter físico, químico o biológico.

b) La indicación de las propiedades farmacológicas y, por lo menos, una aplicación terapéutica, dietética o de diagnóstico del medicamento descrito.

c) Por lo menos un ejemplo detallado para cada una de las aplicaciones descritas.

d) En el caso de tratarse de una composición nueva, la descripción de sus propiedades en comparación con las propiedades de sus constituyentes.

3. Los dibujos que, en su caso, puedan ser necesarios para el entendimiento de la descripción.

Resulta también interesante añadir que toda solicitud de patente de invención que no haya sido todavía concedida puede, por transformación o división, dar lugar a una o varias solicitudes de B. S. M. y, a su vez, toda petición de B. S. M. puede, igualmente, dar lugar a una o varias peticiones de patentes de invención. Las patentes así resultantes se benefician, en relación con los elementos comunes de la fecha de depósito o de prioridad de la demanda inicial, siempre que la transformación o división haya sido solicitada en el plazo de tres meses a contar de la petición inicial (art. 11 Decreto 30 de mayo de 1960).

f) *Derecho de prioridad*

La Ley de 1844 establecía que podía reivindicarse el derecho de prioridad, siempre que tal reivindicación se realizara en el plazo de seis meses a contar de la presentación de la petición de la patente.

El Decreto de 1960 establece que la reivindicación del derecho de prioridad de los B. S. M. solamente puede ser ejercitada en el plazo

de dos meses a contar de la fecha de solicitud del B. S. M. y siempre que los documentos de prioridad hayan sido presentados en el plazo de tres meses, a contar de dicha fecha. De otra manera, decae el derecho de prioridad (art. 10 del Decreto 30 de mayo de 1960).

g) Establecen los artículos 5 y 6 del referido Decreto de 1960 los casos de nulidad de la patente especial de medicamento (B. S. M.). Son nulos los B. S. M.:

1. Si el descubrimiento, la invención o la aplicación no es nueva.
2. Si la patente se refiere a principios, métodos, sistemas, descubrimientos y concepciones teóricas o puramente científicas de las que no se hayan indicado las propiedades farmacológicas y, por lo menos, una aplicación terapéutica, dietética o de diagnóstico.
3. Si el descubrimiento, la invención o la aplicación resultan contrarias al orden, a la seguridad pública, a las buenas costumbres o a las leyes, sin perjuicio de las penas correspondientes a que hubiere lugar.
4. Si al solicitar la patente se indica fraudulentamente un objeto distinto al que constituye el verdadero objeto de la invención.
5. Si la descripción unida a la patente no es suficiente para la ejecución del invento, o si no indica de una manera completa y clara los verdaderos medios del invento.
6. Si el resumen previsto en el artículo 9.º del Decreto de 1960 falsifica la elaboración del anuncio de novedad o no permite que las oposiciones puedan manifestarse de forma normal.

Establece el artículo 6.º que no se reputa nuevo el medicamento que, en Francia o en el extranjero y con anterioridad a la fecha de presentación de la petición de la patente especial, hubiera recibido una publicidad suficiente para poder ser realizado o que se encontrare descrito de manera suficiente para permitir su realización en una patente especial de medicamento todavía no publicada, pero beneficiándose de fecha anterior. Añade dicho artículo que un B. S. M. no constituye obstáculo para la novedad del objeto de una patente de invención ulterior solicitada por el mismo titular de la patente especial o sus causahabientes con anterioridad a la comunicación al público de dicho B. S. M.

5. *Etapas de protección indiscriminada de los productos farmacéuticos. Ley de 2 de enero de 1968*

Al final de la larga evolución que hemos esbozado a grandes rasgos, se encuentra la Ley de 2 de enero de 1968, la cual establece la posibilidad de patentar los medicamentos con una patente idéntica a la que protege a las demás invenciones.

Vemos, pues, que, partiendo de la antigua Ley de 1844, prohibitoria de la patentabilidad de los medicamentos, y tras diversas etapas modificativas que hemos dado en llamar de patentabilidad atenuada,

se llega, mediante la nueva Ley de 2 de enero de 1968, a una situación radicalmente opuesta a la inicial, cual es la de patentabilidad de los productos farmacéuticos.

III. SISTEMA ACTUAL Y ESPECIALIDADES DE LA PROTECCIÓN DE LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS TRAS LA PUBLICACIÓN DE LA LEY DE 2 DE ENERO DE 1968.

1. La Ley de 2 de enero de 1968 constituye la vigente ordenación legal en materia de propiedad industrial y abroga expresamente (artículo 62) la Ley de 5 de julio de 1844 que ha regido durante más de un siglo.

En relación con el tema de nuestro análisis, como acabamos de decir, la situación es totalmente distinta a la tradicional, porque la Ley de 1844 establecía rotundamente la imposibilidad de patentar los productos medicamentosos, mientras que la vigente parte del principio diametralmente opuesto, cual es el de que dichos productos pueden ser objeto de patente como cualquier otro producto (patente iniciada).

El principio que acabamos de enunciar se halla contenido en el artículo 10 de la Ley, según el que:

“Une invention portant sur un médicament ne peut être valablement brevetée que si elle a pour objet un produit, une substance ou une composition présenté pour la première fois comme constituant un médicament au sens de l'article L. 511 du Code de la santé publique.”

2. La diferencia más importante entre la situación actual y aquellas a las que se había llegado últimamente estriba en que, si bien en virtud de los decretos últimamente analizados el titular de una invención podía, efectivamente, protegerla mediante una fórmula de propiedad industrial, esta fórmula no dejaba de ser especial (y de ahí su nombre de “patente especial de medicamento”) y la protección muy limitada, mientras que, tras la promulgación de la Ley de 1968, la situación actual permite patentar un medicamento con patente idéntica a la que protege cualquier otra invención.

No obstante, lo anterior no es totalmente exacto porque, a pesar de la equiparación, existen aún en la nueva ley de patentes de 1968 algunas peculiaridades para los descubrimientos en materia farmacéutica, debido evidentemente a la especialidad del producto.

Enumeraremos a continuación algunas de las más importantes de tales peculiaridades:

A) La Ley de 2 de enero de 1968, en su artículo 3.º, establece que existen dos títulos de propiedad industrial, a saber: las *patentes de invención* y los *certificados de utilidad*. Las primeras tienen una duración de veinte años y los segundos de seis años, a contar ambos plazos del día de la presentación de la petición de la patente.

Pues bien, por expresa prohibición del artículo 3.º, los medicamentos no pueden ser nunca objeto de certificados de utilidad. Ello significa que el único título que puede solicitar el inventor para el medicamento descubierto es el de patente de invención.

B) La segunda de las características se desprende del propio artículo 10 de la referida Ley de 2 de enero de 1968, el cual, al establecer que el objeto de la patente ha de ser siempre un producto, sustancia o composición que constituya un medicamento en el sentido del artículo 511 del Código de la Salud Pública, como fuere que el Decreto de 30 de mayo de 1960 modificó dicho artículo 511 en el sentido de introducir en su ámbito los medicamentos veterinarios, resulta que puede actualmente ser objeto de patente un producto de tal naturaleza.

C) Otra peculiaridad es la que se deduce del artículo 19 de la mencionada Ley. De acuerdo con este precepto, la solicitud de una patente da lugar al establecimiento de lo que se llama un "avis documental" sobre la invención. Este "avis" se establece en base a las reivindicaciones y cita los elementos técnicos susceptibles de afectar la patentabilidad de la invención. El peticionario de una patente puede, en principio, pedir que el establecimiento del "avis" sea diferido durante dos años y puede, además, renunciar expresamente a esta petición en todo momento. Pues bien, este derecho desaparece, según dispone el artículo 19 cuando se trata de inventos sobre medicamentos.

D) El artículo 30 de la referida Ley de 1968 establece una nueva e importante especialidad al disponer que los derechos del titular de una patente en la que no se haya descrito una ampliación terapéutica no impiden la utilización de dicho producto para la fabricación de medicamentos.

E) Otra peculiaridad que contempla también el propio artículo 30 es que las patentes sobre medicamentos no pueden impedir la preparación ni la venta de medicamentos bajo la forma magistral efectuada ocasionalmente y por unidades.

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

El Curso de Derecho Administrativo del profesor García de Enterría (*).

1. Los que estudiábamos Derecho administrativo en la Universidad Central hace ahora alrededor de veinticinco años —o cuando menos una parte de nosotros— tuvimos escasa suerte en materia de Derecho administrativo. Digo esto porque, si bien una de las cátedras estaba regentada por la personalidad ilustre y el indiscutido magisterio de don Luis Jordana de Pozas, la otra estuvo durante muchos años vacante. Hay que culpar a este hecho el que por lo menos un cincuenta por ciento de los estudiantes tuviéramos del Derecho administrativo una noción muy parva que nunca hemos llegado a colmar. Por aquellas mismas fechas, sin embargo, hacía eclosión una nueva generación de juristas, especializados en Derecho administrativo, que han constituido, como grupo, el más brillante, sin duda, de la post-guerra. Muchos de ellos eran jóvenes letrados del Consejo de Estado y otros profesores universitarios, pero todos dieron al Derecho administrativo un impulso que con anterioridad no había recibido y un tratamiento riguroso desde el punto de vista científico-jurídico, que tampoco era habitual entre nosotros. Pertenecen a aquella época los nombres ilustres de Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez, José Antonio García Trevijano, José Luis Villar Palasí, Sebastián Martín Retortillo y Rafael Entrena, y otros muchos que sin duda olvido. Entre ellos destacó pronto la figura señera de Eduardo García de Enterría, que fue, sucesivamente, profesor adjunto en Madrid, catedrático en Valladolid y, finalmente, catedrático de nuevo en Madrid, donde pronto se convirtió en maestro indiscutible, que arastraba tras sí las nuevas vocaciones jurídicas de muchos brillantes universitarios, para ser finalmente “capo di scuola” de una de las dos o tres escuelas administrativistas que hoy existen y, sin duda, de la más sólida y consistente.

La obra del maestro Enterría es extensa e importante, y en ella brillan, al lado de los profundos planteamientos históricos y del conocimiento del Derecho comparado, el ajuste riguroso de los temas con las categorías conceptuales y la preocupación última por unos resultados justos, acordes con una concepción “principal” del Derecho. Esta obra, extensa e importante, andaba hasta ahora un poco desperdigada. Gran número de artículos de revista y varias monografías, de las que recuerdo espe-

(*) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, “Civitas - Revista de Occidente”, Madrid, 1974, 621 págs.

cialmente los ejemplares “Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo”, recientemente reeditados, su importante estudio “Legislación delegada y control judicial” y un volumen sobre “La Administración española”. Como todo hombre de derecho genuino, tras el especialista ha asomado siempre el pensador, casi diría —¿por qué no?— el filósofo del Derecho o, al menos, el hombre preocupado por las esencias y las instancias últimas de nuestro campo del saber. A él se debe —él fue el “culpable”— la traducción de Theodor Viehweg, a cuyo conocimiento llegamos por caminos distintos y que a mí tanto me atormentó.

Con la madurez viene —aunque no siempre— la hora de las grandes síntesis, pues eso es, a lo que creo, este “Curso de Derecho administrativo”, redactado por García de Enterría en colaboración con Ramón Tomás Fernández. En él se recoge una peculiar visión del Derecho administrativo, que, sin grandes perspectivas para comprenderlo —he confesado ya mi crasa ignorancia —diría que es, a la vez clásico y muy moderno; que está impregnado de un gran equilibrio, donde se contrapesan la necesidad de una administración eficaz y la necesidad de una justa protección de los derechos e intereses de los administrados; que es libro de prosa elegante, en el que destaca la claridad de la exposición y de las ideas, junto con la morosidad, a veces, de los planteamientos y de los desarrollos intelectuales; y que, aunque es un libro para estudiar, es también un libro para leer simplemente o para ir reflexionando uno, al mismo tiempo que reflexiona, en voz alta, el autor. Hay, pues, que dedicar un efusivo saludo a la aparición de este importante libro y, al mismo tiempo, urgir la pronta y sucesiva aparición de sus restantes tomos.

2. El tomo primero, que ahora analizamos, contiene una introducción a las materias de la Parte General del Derecho administrativo, que se desarrolla a lo largo de casi 650 páginas. Se divide el tomo en cuatro partes netamente diferenciadas entre sí, en las que se van escalonando como materias básicas: el concepto de Derecho administrativo, que se construye partiendo del concepto previo de Administración en general y de Administración como persona jurídica; el ordenamiento jurídico-administrativo; la posición jurídica de la Administración y la actuación administrativa.

No nos será posible en este lugar dar cuenta, ni siquiera resumida, de toda la amplia problemática que plantea un índice como el que ha quedado expuesto. La reseña y la valoración de una obra literaria, en el campo de la literatura jurídica, puede muy bien llevarse a cabo por medio de lo que en la técnica minera se llaman calicatas, que consiste en hacer excavaciones o tomar materiales aquí y allá, con el fin de ensayar después esos materiales para acabar de comprender su valor. Este ensayo nosotros lo haremos desde la perspectiva posible en una persona que ha confesado ya, más arriba, su ignorancia respecto de la materia y que, en cambio, ha cultivado otra, en alguna medida separada, como es el Derecho privado en general y el Derecho civil en particular. Como esta es también la especial dedicación de la revista en la cual este comentario se inserta, no será impertinente destacar aquello que para el Derecho

privado en general y para el Derecho civil en particular, presenta de llamativo el libro.

3. La primera parte (págs. 19-51), se dedica a delimitar el Derecho administrativo, mediante la formulación de un concepto y mediante el establecimiento de unos límites de aplicación.

La vía hacia el concepto se abre con una reflexión sobre la Administración Pública y sobre el concepto de Administración. Según la idea que preside el libro, el Derecho administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas. La Administración Pública es una persona jurídica y no un simple conjunto de órganos. Menos aún una función abstracta.

El Derecho administrativo es un derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos. Tiene un "carácter estatutario" y constituye para sus singulares sujetos un "verdadero Derecho común", capaz —se dice— de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes". No es un derecho privilegiado, pues en él, junto a los privilegios y potestades de la Administración, existe también un cuadro de garantías para los ciudadanos, que vienen en su combinación a perfilar una situación de equilibrio.

Sin perjuicio de la existencia de este derecho propio y específico, es posible la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas, que tiene, en principio, sólo carácter instrumental. Las posibilidades de fricción entre uno y otro derecho no se extienden, sin embargo, a todas las materias o sectores de la actividad, sino solamente a una zona polémica: una parte del derecho de la organización y el derecho patrimonial. En todo caso, aun en las materias que aparentemente son sólo objeto del Derecho privado, hay siempre un núcleo insoslayable perteneciente al Derecho público, perfectamente separable en cuanto a su tratamiento del bloque negocial.

Aun sin poner en duda la corrección de estos puntos de vista, y admitiendo, por supuesto, que son los más adecuados para una construcción equilibrada del Derecho administrativo, hay algún extremo que suscita en alguna medida nuestra duda o, por lo menos, la necesidad de nuestra reflexión.

La utilización de la idea de ordenamiento jurídico, en el sentido que a esta expresión diera Santi Romano, para referirse a ramas, a disciplinas o a conjuntos de normas o de textos legales, es, creo, discutible. Es cierto que el ordenamiento jurídico no es un puro conglomerado o agregado de normas, sino, más bien, una entidad dinámica y, en alguna medida, una estructura. Mas los que profesamos la idea de la unidad del ordenamiento jurídico nacional no creemos que éste pueda romperse en una pluralidad de ordenamientos menores. Creo, por ello, que sería preferible utilizar la idea de sector, que, recibida de la geometría, connota porciones más o menos delineadas dentro de un círculo. O si se prefiere tomar otra imagen de las matemáticas, se puede configurar el ordenamiento jurídico nacional como un conjunto, del que el ordenamiento ju-

ridico-administrativo no es más que un subconjunto. Fundiendo ambas imágenes se podrá hablar de un subconjunto sectorial.

Lo cual nos lleva directamente a la segunda idea necesitada de cavilación, que es la afirmación de que "el Derecho administrativo constituye, para sus singulares sujetos, un verdadero Derecho común, capaz de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes".

Me voy a permitir discrepar de esta idea, que no me parece coherente en quien como el profesor De Enterría ha mantenido con clara lucidez una concepción *principal* del Derecho. Cuando se habla de "autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a *otros ordenamientos* diferentes", me parece claro que estos otros ordenamientos son lo que llamaba antes otros sectores o subconjuntos del mismo ordenamiento. Probablemente se piensa en el tradicional recurso al Derecho civil o al Código civil (antiguo artículo 16 y actual artículo 4.º, 3) para tratar de ponerle un cierto coto. Desde una concepción "principal" habrá, en todo caso, que admitir que la integración de las lagunas ha de hacerse acudiendo a la fuente de donde los principios manen. No diré que siempre, pero sí que en muchas ocasiones tales principios se encuentran en lo que tradicionalmente se venía llamando "Derecho común".

4. El título II lleva como rúbrica "El ordenamiento jurídico-administrativo" y en él, tras alguna exposición inicial sobre la estructura y los caracteres, el papel de la costumbre, la función de los principios generales del Derecho y las reglas generales sobre la aplicación y la interpretación, se destina la mayor parte del tratamiento a lo que podemos llamar las fuentes del Derecho escrito, la ley y sus equivalentes, la ley y los reglamentos y las diferentes relaciones que entre ambos puedan existir. Siempre he pensado que la teoría de las fuentes del Derecho que se estudia en el Derecho civil, se encuentra un poco desfasada respecto de la realidad, en la medida en que se dedica casi por entero a estudiar las materias distintas de la ley en sentido amplio, cuando en la actualidad los mayores y más graves problemas los plantean precisamente las normas de origen estatal en orden a sus requisitos y a su alcance, así como a sus respectivas relaciones de *supra* y de *subordinación*. Desde este punto de vista las páginas que en el libro que comentamos se dedican a la materia reglamentaria (págs. 107-164) y a las relaciones entre ley y reglamento (págs. 265-202), me parecen especialmente ejemplares y acaso de lo más importante del libro.

Por lo que se refiere a la justificación de la potestad reglamentaria, la tesis de la delegación del poder legislativo, válida en los países anglosajones, no sirve en los países de sistema administrativo continental, de inspiración francesa, entre los que se encuentra el nuestro, ya que en éstos se reconoce a la Administración un poder reglamentario propio y general, que no surge como tal de una delegación legislativa ni de habilitaciones legales específicas. Este poder reglamentario independiente lo otorga la Constitución. Si la Constitución nada precisara para explicar la titularidad del poder reglamentario, habría que acudir a la exis-

tencia de una costumbre constitucional inequívoca. En nuestro país es la L.O.E., quien en su artículo 13 da expresión formal a este reconocimiento.

Sólo la Administración del Estado goza de una potestad reglamentaria, originaria e independiente, es decir, de un poder emanado directamente de la Constitución. Las demás Administraciones Públicas sólo pueden tener un poder reglamentario derivado, concedido no ya por la Constitución, sino por la Ley.

La creación por vía reglamentaria de derecho para los súbditos es una decisión política que compete al conjunto del Gobierno. De esta manera sólo el Consejo de Ministros puede ejercer esa potestad originaria que la Constitución reconoce y atribuye a la Administración del Estado. El poder reglamentario de los ministros, salvo en cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su departamento, no es un poder reglamentario originario, sino derivado, fruto de específicas habilitaciones legales.

La validez de los reglamentos presenta unos límites que se clasifican en formales y sustanciales. Entre los límites formales, además de la competencia, a que ya nos hemos referido, se encuentra el respeto de la jerarquía normativa y, por consiguiente, el principio de legalidad y el respeto del procedimiento previsto para la elaboración. Estos límites formales se han considerado durante mucho tiempo como los únicos existentes, pero modernamente se ha entendido que para poder afirmar la validez de un reglamento debe éste superar la confrontación con otras reglas de carácter sustancial. Se habla así de unos límites materiales o sustantivos de la potestad reglamentaria, entre los cuales destaca como el primero de todos el respeto a los principios generales del Derecho.

5. Especialmente importante es el capítulo que se dedica a las relaciones entre la ley y el reglamento (págs. 165 y sigs.). Se comienza examinando los principios que presiden estas relaciones, partiendo como regla de la primacía de la ley y criticando lo que se llama una "supuesta reserva constitucional de un ámbito directo en favor del reglamento", para estudiar después la reserva de ley en sentido material (materias reservadas a la ley) y la reserva de ley en sentido formal (principio de congelación del rango).

La tesis de la reserva constitucional en favor del reglamento, dice Enterría, nacida en Francia con la Constitución de 1958, que en función de muy peculiares problemas y planteamientos introdujo una técnica normativa revolucionaria en la teoría tradicional de las fuentes del Derecho, al acotar el dominio de la ley a un ámbito estricto y atribuir fuera de él toda materia a la autoridad reglamentaria, no es aplicable en nuestro país, donde formalmente las cosas no son así, aunque el acotamiento de la materia reglamentaria resulte especialmente difícil y sea clara la tendencia a su extensión. Además de fundar esta idea en el principio de la interdicción de la arbitrariedad y en el artículo 17 del F. E., así como en las técnicas de control de la discrecionalidad, en el libro que comentamos se lleva a cabo un interesante intento de limitar el ámbito de la materia reglamentaria (pág. 127), que parece tratar de poner con

toda razón un dique a lo que en otro lugar se llama (pág. 168) “una relectura gaullista de nuestras leyes fundamentales” que ha intentado justificar entre nosotros la limitación material de la ley y la existencia de un ámbito originario reservado por la Constitución en favor del reglamento. El reglamento, como producto de la Administración que es, está ordenado inicialmente al propio campo de funciones que la Administración tiene atribuidas en el concierto público y sólo hay un ámbito natural o inherente al reglamento como norma, el de las funciones administrativas, que corresponde al ámbito organizativo de la Administración. En el resto, bien por no tratarse de cuestiones administrativas, o bien porque aun tratándose de ellas está en juego la imposición de deberes y obligaciones a los ciudadanos o la limitación de sus derechos reconocidos por otras fuentes, el reglamento puede eventualmente actuar, pero siempre en función secundaria de complemento de la ley y en virtud de una habilitación específica de ésta.

Por último, bajo la rúbrica de “alteración de las relaciones entre ley y reglamento”, se estudia la delegación legislativa o legislación delegada, materia a la que el autor había dedicado ya un notable estudio anterior, pasando pormenorizada revista a las diferentes clases de delegación legislativa, como son la llamada delegación recepticia (textos articulados y textos refundidos), la remisión normativa y la deslegalización.

6. El título III de la obra (págs. 205 a 361) lleva como rúbrica “La posición jurídica de la Administración”, diversificándose en tres grandes temas o grupos de temas, que se analizan en capítulos separados: la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas; el principio de legalidad de la Administración y las relaciones entre Administración y Justicia, con referencia especial al llamado principio de la autotutela.

Habíamos visto ya cómo para construir el concepto de Derecho administrativo, en el pórtico del libro se parte de la idea de la Administración como persona jurídica. Se trata ahora de concretar aquella idea y de realizar una “presentación formal de los diversos protagonistas del tráfico administrativo”. No se hace ninguna especial construcción del concepto de persona jurídica, tema en orden al cual, así como en orden a los requisitos característicos de la persona jurídica, se considera suficiente una remisión al Derecho civil o a la teoría general del Derecho, insistiendo sólo en las peculiaridades propias del ámbito administrativo. De algún modo, sin embargo, se puede encontrar una cierta fusión de las dos grandes líneas que, en la teoría general, han influido en la construcción de este concepto: la persona jurídica como una realidad social, que el Derecho no crea, porque de algún modo preexiste y goza de general reconocimiento, y la línea meramente formal de la pura personificación como trámite o técnica de solución de problemas, de mayor eficacia o de facilitación de decisiones. Pienso que de algún modo la personalidad de las diferentes Administraciones Públicas se sitúa en una y otra línea. La Administración del Estado y las entidades que integran la Administración Local o, por lo menos, algunas de ellas, como los municipios, parecen estar en la primera línea. En cambio, las entidades estatales

autónomas, los organismos personificados, etc., parecen estar mucho más en la segunda.

De algún modo, todo ello se pone de relieve en la importante y muy rica y matizada tipología de los entes públicos que en el libro se realiza. La Administración del Estado es una persona jurídica única, originaria y superior (págs. 212 y sigs.). En la llamada Administración Institucional, en cambio, hay necesidades de gestión o un efecto financiero deliberadamente buscado, como es el reconocimiento de la capacidad patrimonial y, por tanto, la contabilización separada de los ingresos y de los gastos, como excepción al principio de universalidad del presupuesto o lo que en el libro se llama también la "utilización de la personalidad jurídica con la finalidad de una huida de controles" (pág. 242). Todo lo cual lleva a concluir que hay una relación de instrumentalidad del ente institucional respecto de su ente matriz que se manifiesta en una serie de peculiaridades que son capitales para definir el "status" de estas Administraciones, ampliamente expuesto en las páginas 246 y siguientes.

7. La última parte del libro, a la que me gustaría dedicar algún comentario, si no hubiera agotado ya el espacio habitual de una reseña de libros, se dedica a "La actuación administrativa" y examina temas tan importantes como el acto administrativo, su eficacia y sus formas de invalidez e ineficacia, los contratos administrativos y contratos de la Administración, materias que por su proximidad con las nuestras (contrato, negocio) tanto interés poseen. Y se cierra el volumen con un estudio, para mí novedoso e iluminador, sobre la coacción administrativa (medios de ejecución forzosa, supuestos de coacción directa, etc.).

8. Es hora ya de cerrar el comentario. Comenzado hace unos meses, otros apremios y urgencias lo habían demorado. La circunstancia es feliz, porque nos permite dar cuenta de un hecho que es el más claro elogio. Cuando estas notas sobre el libro —en el que el comentarista ha entrevistado con vida y fuerza la asignatura que nunca aprendió— vean la luz ha aparecido ya una segunda edición del mismo.

LUIS DÍEZ PICAZO

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de
José R. Antón Rieasco

PARA MARTÍN, Antonio: *Comentario sobre disposiciones económico-matrimoniales de la Compilación de Cataluña*. R. J. C., núm. 4, 1974, páginas 7 y ss.

El presente trabajo es continuación, como anunciaba su autor, de otro publicado en la misma revista. En el presente estudio se investiga acerca de las capitulaciones matrimoniales, el contenido de las mismas, la nota de irrevocabilidad, el momento del otorgamiento, la posibilidad de pactos capitulares sometidos a condición o a término y la forma en que deben celebrarse, afirmando el autor que hoy no rige en Cataluña la norma del artículo 1.324 del Código civil, y que esta forma solemne significa una innovación debido a que se considera la escritura pública como una forma "ad solemnitatem", cuya inobservancia supone la nulidad.

Examina el autor con detenimiento la última parte del precepto del artículo 53 de la Compilación y hace un detallado examen del régimen de separación establecido en el artículo 7 del mismo cuerpo legal.

Señala las opiniones de Faus y Condomines, al afirmar que tal como se anuncia en la actualidad, significa una novedad. Espiguea las opiniones de Isabal, Borrell, Durán y Bas, y hace especial mención de la opinión de Lalinde Abadie, que considera una contradicción este precepto con el régimen anterior a la Compilación.

Estudia, finalmente, la concordancia del citado precepto con el artículo 49, sobre parafernales, el artículo 23, que establece la presunción muciana, y el 322, que prohíbe a la mujer casada afianzar a su marido.

Comenta la presunción muciana del artículo 23, afirmando que esta norma empaña el contenido del artículo 7 e impide que sea un hecho la autonomía patrimonial de la mujer casada en Derecho catalán.

ANDREU RAMI Xavier: *El fundamento de la rescisión por lesión en las Compilaciones de Navarra y Cataluña*. R. J. C., núm. 3, 1974, páginas 625 y ss.

Tomando como base las sentencias del Tribunal Supremo, el autor estudia el fundamento de la institución objeto del presente título. Se detiene especialmente en las Sentencias de 26 de enero de 1973, 16 de marzo de 1973 y 31 de marzo del mismo año.

Regresando después al campo de la simple técnica jurídica, su examen se centra en una introducción, para pasar seguidamente a estudiar las teorías imperantes en la doctrina y su aplicación práctica. Divide las teorías en subjetivas y objetivas, con especial referencia a la senta-

da por Badosa Coll, manifestando el autor su inclinación por la tesis subjetiva.

El estudio de la Compilación de Navarra, en sus Leyes 499 a 507, hace decir al autor que en este texto legal la fundamentación y la práctica de la institución se da, no sólo al enajenante, sino también al adquirente.

No obstante, para ahondar más en el fundamento, el comentarista sienta la base de que el mero desequilibrio patrimonial no puede ser invocado como fundamento de la rescisión.

Pasa seguidamente a acentuar tímidamente la posibilidad de los vicios de la voluntad, teoría que rechaza, y después de hacer un buen estudio histórico de la institución y de su fundamento, sienta las conclusiones siguientes: el fundamento no puede verse en razones de carácter meramente objetivo, la legislación navarra es el resultado de una formulación que no responde a principios estrictamente navarros, sino a principios represivos de la usura, al servicio de la institución rescisoria.

ABELLÁN HONRUBIA, Victoria: *La profesión de abogado ante la Comunidad Económica Europea*, R. J. C., núm. 3, 1974, julio-septiembre, páginas 603 y ss.

El sumario de este estudio consta de una entrada a guisa de prólogo sobre la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de los abogados en la C. E. E.

Seguidamente se examinan las integraciones en los Colegios de Abogados y las actividades judiciales. Más adelante se dan unas explicaciones sobre la noción de participación en el ejercicio de la autoridad pública y las normas que en cada Estado regulan el acceso y ejercicio de la profesión de abogado y el reconocimiento de títulos.

Dentro de este apartado se hacen distinguos entre los requisitos, y así se examinan la inscripción en un Colegio Profesional, se hace especial mención en la separación entre las actividades de procurador y abogado y se estudian las condiciones necesarias para el ejercicio de la abogacía.

El apartado cuarto del trabajo o epígrafe siguiente se dedica al cultivo de la libre prestación de servicios de los abogados en los países pertenecientes a la C. E. E.

El epígrafe quinto es objeto de la investigación relativa a las condiciones de necesidad y eficacia para la práctica y ejercicio de la profesión de abogado en nuestro país.

Se ilustra acerca de la diferenciación existente entre los requisitos legales, como son las condiciones generales de aptitud y la inscripción en un colegio de abogados y lo que es propiamente la función del abogado. Distinguiendo entre el carácter que la legislación atribuye al ejercicio de la profesión y el carácter atribuido por la legislación de los Colegios Profesionales, sentando las conclusiones pertinente sobre la materia.

SOTO NIETO, Francisco: *Aspectos fundamentales de la representación*, R. J. C., núm. 3, 1974, julio-septiembre, págs. 543 y ss.

Una visión moderna de la figura de la representación se ofrece en el presente trabajo. Desde el punto de vista bibliográfico y de la exposición del mismo.

Comienza el artículo con el concepto y la justificación de la representación directa voluntaria. Acto continuo, en la parte segunda, se examinan las diferencias con otras figuras afines, como por ejemplo, la representación indirecta, la representación legal, estas dos dentro del marco propio de la representación. Fuera de este marco las figuras tradicionales del nuncio, portavoz o mensajero, los auxiliares y colaboradores, la figura del contrato a favor de tercero, el órgano representativo de la persona jurídica, y la interposición de personas. Se distingue en esta parte, también, entre mandato y la gestión de negocios ajenos.

A continuación se estudia la estructura propiamente dicha de la representación y, dentro de ella, la capacidad del representante, la "contemplatio domini", el elemento formal de la representación constituido en esencia por el negocio de apoderamiento. La parte cuarta del trabajo se dedica a investigar la ratificación y sus requisitos en cuanto tal y como "conditio iuris". Seguidamente se centra el trabajo todo él sobre el eje de la propia ratificación, y así se enumeran su concepto, modalidades, destinatario, tiempo hábil para la misma, y los efectos retroactivos de la ratificación y el examen especial de los derechos de terceros.

O. CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *El inventario en la detracción de la cuarta trebeliánica*, R. J. C., núm. 4, 1974, octubre-diciembre, págs. 115 y siguientes.

Parte el autor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1973. El sumario de la monografía de marcado carácter práctico se compone de unas nociones previas en donde se estudian el origen de la cuarta trebeliánica, el derecho anterior a la Compilación de 1960, y el derecho vigente.

Dentro de éste, expone su concepto, los requisitos, la suspensión del derecho a la cuarta en determinadas ocasiones, la detracción y las valoraciones de bienes para la detracción de la cuarta trebeliánica. Se refiere el segundo epígrafe a la obligación de inventario por parte del fiduciario, donde se estudia especialmente el inventario como requisito, el concepto jurídico del inventario, su fundamento, el concepto en que ha de formalizarse el inventario, y las notas orientadoras de la jurisprudencia.

El apartado cuarto del trabajo se refiere a los elementos personales de la cuarta trebeliánica, distinguiendo la trilogía de sujeto activo, sujeto pasivo y sujeto autorizante.

Finalmente, el desmenuzamiento del tema le lleva a investigar la forma y tipo en que el inventario debe ser realizado. Dentro de estos es-

quemadas con especial relación al tiempo trata de éste como plan de caducidad, en el Derecho catalán anterior a la Compilación, el plazo en la Compilación y los problemas que plantea el Derecho transitorio. Termina su documentado estudio con el requisito de la veracidad.

PUI FERROL, Luis y VILA COSTA, Blanca: *Filiación y adopción en Cataluña: Cuestiones de Derecho Interregional*, R. J. C., 1974, núm. 1, enero-marzo, págs. 7 y ss.

Dividen los autores su trabajo en tres grandes apartados, que son: el aspecto dogmático de los conflictos de leyes, los conflictos interregionales en materia de filiación entre Compilación y Código civil y la filiación adoptiva.

Con relación al primer apartado, distinguen dos cuestiones básicas: en primer lugar, la necesidad de dar un tratamiento unitario a las materias de filiación y el examen especial de las categorías de conflictos entre los que subdistinguen los provocados por no identidad en la fuente reguladora de las relaciones personales de ambos efectos, los denominados conflictos móviles y la cuestión que se plantea con la aplicación de la excepción de orden público.

En el examen del segundo apartado estudian en primer término las peculiaridades que ofrece el Derecho civil catalán en cuanto a la filiación legítima, la ilegítima y la adoptiva. Pasan a estudiar los conflictos debidos a la distinta regulación de ambas legislaciones, entre los que descuellan la reclamación de la filiación extramatrimonial y la impugnación de la misma. Por cuanto se relaciona con la adopción, examinan en la tercera parte de su trabajo la constitución del vínculo adoptivo, con las peculiaridades relativas al adoptante y al adoptado. Los efectos de la adopción con especial examen de los pactos sucesorios y su inviolabilidad, después de la Ley de 4 de julio de 1970, como, asimismo, los derechos sucesorios en una triple vertiente, los de la sucesión del adoptante, los de la sucesión del adoptado y los que se derivan de la sucesión abintestato.

Concluyen el apartado relativo a la filiación adoptiva con el estudio de la legislación aplicable tanto al vínculo adoptivo como a los efectos concretos de la adopción.

GREÑO VELASCO, José Enrique: *El régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros en el pacto andino*, R. J. C., núm. 1, enero-marzo 1974, págs. 175 y ss.

Inicia el trabajo el estudio del llamado acuerdo de Cartagena, con la incorporación de Venezuela, la negociada vinculación de México y el acuerdo subregional de integración formado por Bolivia, Chile, Ecuador y Perú.

En él se examinan con detenimiento, entre otras materias, la compatibilidad establecida entre normas comunes y normas dispositivas, las prohibiciones impuestas al capital extranjero, la obligada transformación de las empresas extranjeras en nacionales o mixtas, la nacionalización gradual, tanto de las ya existentes como de las que se constituirían, etc., etc.

Pasa más adelante al estudio del marco jurídico del régimen común, con el repaso de las resoluciones más importantes, destacando entre ellas la declaración de Bogotá de 1966 y la declaración de Viña del Mar. La tercera fase de su examen es dedicada a las fuentes normativas, con detallado detenimiento en el acuerdo de Cartagena y las decisiones más importantes del mismo.

Ilustra el final de su trabajo, con la reflexión de las normas relativas a los aspectos administrativos, el control de cumplimiento de las obligaciones del inversionista, los aspectos empresariales, financieros, tecnológicos y la armonización de las legislaciones.

GRANELL TRIAS, Francisco: *El Decreto 2.495/73 y el control de las inversiones extranjeras en España*, R. J. C., núm. 1, enero-marzo 1974, páginas 145 y ss.

Afirma el profesor Granell que el tratamiento de las inversiones extranjeras en el país ha estado sometido a un tratamiento de gran apertura hasta la publicación del Decreto de 11 de octubre de 1973, en el que triunfa la ideología de aplicar mayor selectividad y control al tratamiento de los capitales extranjeros.

Divide su trabajo en tres apartados, en los que estudia, respectivamente, las inversiones hasta 1959, analiza la legislación de 1959 a 1963 y en el último examina los efectos de la inversión extranjera en España.

En el apartado primero comienza el análisis con el Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1952, continúa con el estudio de algunos centros o compañías que se aprovecharon de la aplicación de la citada disposición, entre las que descuellan la Real Compañía Asturiana de Minas, Riotinto, Unión y el Fénix, que son las empresas más importantes creadas por el capital extranjero de esta época.

Hace especial mención de la opinión del profesor Tamames, de que, no obstante, la inversión de capital se hizo con poco espíritu de favor para el país, con escasa capitalización, corrupción en la vida política, pérdida de soberanía y multitud de fraudes.

Examina igualmente en este apartado la aplicación de la legislación española, tras la terminación de la primera guerra mundial, la época de Primo de Rivera e idénticamente las consecuencias de las normas tras la guerra civil española. Finaliza esta primera parte con el examen del informe Dean y la subida del equipo ministerial de 1957 al poder.

Una segunda parte del trabajo la dedica a determinar las directrices que marcan la fase comprendida entre 1959 y el Decreto de 1963, donde

parece que el legislador se inspira en criterios que comportan la liberalización de toda una serie de transacciones con el exterior.

Por último, la parte tercera se dedica por el autor a estudiar los efectos de la inversión extranjera en España y ver hasta qué punto resulta justificado el deseo de la Administración de una mayor severidad en el control.

SANAHUJA TOMÁS, José: *El usufructo viudal abintestato de la Compilación Catalana y su constancia en el Registro de la Propiedad*, R. J. C., número 1, enero-marzo 1974, págs., 163 y ss.

Fue preocupación de los juristas que estudiaron la confección de la Compilación asegurar el medio económico necesario, por ministerio de la ley, al cónyuge viudo en proporción al patrimonio hereditario y no dejarlo al designio voluntario de los herederos.

Tal es la motivación del artículo 250 de dicho cuerpo legal, donde se establece que el cónyuge viudo a quien su difunto consorte no le hubiese dejado nada por causa de muerte, adquirirá el usufructo de la mitad de la herencia si los herederos son ascendientes o descendientes legítimos del difunto y el usufructo sobre la totalidad en los demás casos.

Se ha comentado si esta disposición crea una nueva institución del Usatge Vidua o una resurrección del mismo.

Igualmente se ha planteado el problema si el cónyuge viudo es legítimo o no.

Plantea, igualmente, si el artículo citado objeto de este estudio es aplicable también a supuestos en que confluyan herencias testadas e intestadas, sentando la conclusión de que este derecho es concedido por ministerio de la ley, con carácter esencialmente legítimo, condicionado por la misma ley, que se concede al cónyuge viudo en las sucesiones abintestato.

Lo que pudiéramos denominar segunda parte del trabajo, es dedicada a estudiar de qué manera puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

En este lugar examina las opciones que tiene la viuda de escoger entre este derecho y la cuarta marital que le concede el artículo 147 de la Compilación.

Examina el contenido del artículo 154 de la misma y los condicionamientos que a este usufructo impone el artículo 250, las que tiene en caso de contraer nuevas nupcias según el artículo 253 y que el mismo no corresponde al cónyuge que estuviese culposamente separado del difunto.

Así, pues, el título sucesorio, para los efectos del artículo 14 de la Ley Hipotecaria, es la declaración judicial de herederos abintestato, pero, a juicio del autor, debido a la determinación de este derecho "in abstracto" deberá ser complementado por una escritura en que se realice

una mayor concreción de los bienes y en los que intervengan todos los herederos con plena capacidad.

Finalmente, se muestra partidario de la no aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria a este derecho.

GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio: *Libertad de asociación*, R. J. C., número 2, abril-junio 1974, págs. 259 y ss.

Cuatro apartados principales constituyen el contenido básico del trabajo: la teoría de las libertades públicas y la libertad de asociación, la constitucionalización de la libertad de asociación en el Derecho comparado, la libertad de asociación en España y la bibliografía que, por cierto, debido a algún error u omisión no se incluye en el texto.

La primera parte se subdivide a su vez en otras tres partes, que son: la doctrina moderna sobre las libertades políticas, las relaciones entre éstas y los derechos humanos fundamentales y el estudio sobre la libertad individual como derecho a la libertad pública como poder. Hemos de hacer especial mención en este último apartado de un estudio especial entre asociaciones políticas y partidos políticos, y asociaciones y grupos de interés como los sindicatos.

La segunda parte del trabajo monográfico se distribuye a su vez en otras tres partes: el constitucionalismo anterior a la segunda guerra mundial, el posterior a esta segunda guerra y las constituciones de los países capitalistas atrasados.

La parte del estudio relativa a nuestro país se fragmenta, igualmente, en tres secciones principales: la lucha por la libertad de asociación durante el siglo XIX, el reconocimiento legal y constitucional del derecho de asociación y sus límites a partir de 1936.

Dentro de este apartado tercero tiene especial importancia la investigación del Decreto de 25 de enero de 1941, el artículo 16 del Fuero de los Españoles y la Ley de 24 de diciembre de 1964. Concluye su documentado trabajo con el examen de la normativa de este elemental derecho en las Leyes Fundamentales y el estatuto jurídico del Movimiento Nacional.

ROCA DE LAQUE, María Encarnación: *Heredamiento preventivo: características*, R. J. C., núm. 2, 1974, abril-junio, págs. 404 y ss.

Tomando como base la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1973, la autora hace un magnífico estudio de concepto y diferenciación de la institución que da título al mismo.

En efecto, sienta en primer término la diferenciación entre los heredamientos a favor de los hijos que se casan y de los hijos nacedores, y trata de ver la posibilidad de alguna afinidad entre estos últimos y los testamentos mancomunados de algunas regiones españolas.

En el apartado segundo de su estudio vislumbra las características del testamento mancomunado pluripersonal en Aragón y Navarra, con detenimiento especial en los artículos 94 a 98 de la Compilación de Derecho aragonés y, asimismo, en el testamento denominado de hermandad en Navarra. Por lo tocante a éste, investiga las Leyes 199 y siguientes de su Compilación, sentando la premisa de que este testamento puede ser hecho por cualesquiera personas, se hallen o no ligadas por vínculos de trrimonio o no. Señala, en cuanto a estas fórmulas de ambas regiones, las diferencias existentes en torno a la revocación de las mismas. En el epígrafe tercero de su estudio plantea la pregunta de si puede considerarse pacto sucesorio el testamento pluripersonal, optando por la casi total equiparación entre el testamento de hermandad navarro y el pacto sucesorio.

El enunciado del testamento mancomunado en Cataluña es objeto de su atención en el apartado cuarto, afirmando que la publicación de la Compilación en esta materia y su silencio de la institución es una derogación tácita, por lo que se puede entender que quedó suprimido para el futuro en esta región.

En el apartado quinto enjuicia la comparación de los testamentos mancomunados con los heredamientos en favor de los hijos nacedores, analizando la existencia de matrimonio, la correspectividad, la revocación, la vincunlación en vida de los cónyuges, etc. y, finalmente, señala los requisitos de la inscripción en el Registro de la Propiedad y los documentos necesarios a juicio de la doctrina para lograr la misma.

PARA MARTÍN, Antonio: *Comentario al Cap. I del Tit. III de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña sobre disposiciones relativas al régimen económico conyugal*, R. J. C., núm. 3, julio-septiembre 1974.

Ya en el prólogo o introducción, el autor indica que el trabajo se divide en tres partes, una relativa al régimen económico matrimonial paccionado, otra a las capitulaciones matrimoniales y el negocio jurídico legalmente apto para su regulación, la tercera, relativa al régimen económico matrimonial supletorio.

En la primera parte de su estudio investiga los temas siguientes: el principio de autonomía de la voluntad, donde señala que la Compilación catalana se inspira en el mismo principio de libertad del Código civil, consagrado en el artículo 1.315.

El estudio más hondo y profundo es dedicado al problema del contenido del pacto capitular, en el que se examinan, entre otros, con detallada precisión, los regímenes previstos y los no previstos en la Compilación.

Dentro de los primeros, cuida especialmente el régimen de gananciales, con el pacto especial de que se excluya la licencia marital para la disposición de los parafernales. Creemos que, a nuestro juicio, hoy no plantea problema con el artículo 1.387 del Código, una vez reformado por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Se ocupa del artículo 53 de la Compilación catalana, al investigar el contenido del mismo sobre la llamada asociación de compras y mejoras, con el detenido catálogo de los pactos capitulares más corrientes entre ellos, marido que asocia a mujer, mujer que asocia a marido, marido y mujer asociados mutuamente, ascendientes que forman parte de la asociación, pactos relativos a la administración de la sociedad, pacto excluyente de la licencia marital, y pactos relativos a los bienes objeto de la asociación.

Sigue su examen el pacto de igualdad de bienes y ganancias, el "agermanament" y se detiene en el pacto de "convivenca o mitja guanyeria", la que denomina fósil de la Compilación.

Juzga posteriormente los regímenes económicos no previstos en la Compilación, ocupándose del régimen familiar paccionado que sustituye al legal, y finaliza el trabajo con el estudio del régimen económico matrimonial paccionado, anunciando en un próximo trabajo la continuación de lo hasta ahora expuesto en el presente.

RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo: *Independencia judicial*, R. J. C, núm. 3, 1974, págs. 519 y ss., julio-septiembre.

Constituye el presente trabajo uno de los capítulos de la obra en prensa, "Aspectos esenciales de la organización judicial española", a la que se ha otorgado el premio Feixó Carreras, del Colegio de Abogados de Barcelona.

Siete postulados de independencia y la nota de inmovilidad de los funcionarios judiciales, caracterizan las actividad judicial y, más concretamente, su independencia.

Así, desde la independencia política a través de su separación del poder ejecutivo y del legislativo, recordando la frase de Castán, "la independencia del poder judicial es un imperativo de todo estado de derecho".

Independencia funcional reconocida por el artículo 4.º de la Ley orgánica del poder judicial.

Independencia selectiva a través de Ley de 26 de mayo de 1944 y Reglamento de 27 de enero de 1968.

Independencia cultural que implica que los estudios de los funcionarios de la carrera judicial se renueven constantemente y armonicen con la evolución jurídica de la sociedad.

Independencia moral, el juez, al decir de Botein, ante todo debe ser honesto, y ha de poseer una razonable dosis de habilidad.

Ha de sustraerse, como ha señalado Soto Nieto, a todo sentimiento bastardo que pueda alterar la precisa serenidad de ánimo que se le exige.

Independencia social, como ha señalado Herrero Tejedor, hay que reconocer la realidad en que ha de actuarse la idea de justicia y ello implica el conocimiento de la sociedad en que vive.

Independencia económica, no como un derecho especial del juez, sino como una exigencia social para la más perfecta realización del derecho.

Inamovilidad, como garantía de su independencia, y que hoy resulta, desde el punto de vista técnico, como algo indiscutible.

F. DE VILLAVICENCIO, Francisco: *El derecho a la cuarta marital*, R. J. C., 1975, núm. 1, págs. 27 y ss.

La cuarta marital no confiere a la viuda la cualidad de heredero, ni, por tanto, la convierte en comunero del patrimonio hereditario.

No tiene tampoco un sentido estrictamente alimenticio, específico ni general.

Es, a juicio de su comentarista, un derecho sucesorio forzoso contra testamento, pero un derecho sucesorio atípico.

Son presupuestos de la cuarta marital, a juicio de su autor, el matrimonio, la vida común de ambos esposos, la viudez de la esposa, a juicio del autor en cuanto al testamento sólo debería tenerse derecho a ella con un testamento válido y la dignidad para suceder.

Los elementos para la fijación de la cuarta marital son los medios adecuados para la congrua sustentación, los medios propios con que cuente la viuda y el activo hereditario líquido causado por el esposo.

La cuantía y forma de pago se examinan a continuación, distinguiendo el tope máximo de aquélla y la posibilidad de que el pago sea efectuado en pleno dominio y aun que se efectúe en usufructo cuando existan hijos comunes, pudiendo hacerse el pago por el heredero en bienes hereditarios o por su equivalencia en dinero.

Concluye el trabajo con el examen de los supuestos en que la viuda pierde su derecho a la cuarta marital.

Hemos de decir que el presente trabajo es la contestación en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona a Latorre Segura.

PUIG SALELLAS, José María: *Sobre preterición no errónea y desheredación injusta*, R. J. C., 1975, núm. 1, enero-marzo, págs. 119 y ss.

Tomando como base la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1973, el autor hace un detallado examen y estudio de ambas figuras.

Después de plantear el problema a guisa de introducción, divide el trabajo en dos grandes apartados, constituidos por la preterición no errónea y la desheredación injusta.

En el primero, que estudia con un poco más de amplitud, enfoca el problema de si es posible que se impute el esponsalicio a legítima.

Continúa con el estudio del esponsalicio en la Compilación, a través de su naturaleza jurídica, del propio artículo 46 de la Compilación, de las diferencias que tiene con la donación "mortis causa", con la dote, cuando entran los hijos en la nuda propiedad del esponsalicio, señalando el defecto de que la Compilación no examina el supuesto de conminencia.

Medita sobre las atribuciones imputables según la compilación, y hace un magnífico resumen de ellas, reduciendo a cuatro los supuestos, que son: atribuciones por causa de muerte, donaciones con ocasión del matrimonio, donaciones hechas con previsión expresa de su imputabilidad, y las donaciones hechas a los padres, si el nieto sucede al abuelo.

Observa con diáfana claridad la imputación unilateral y la simple mención en el testamento y concluye el trabajo con el estudio de la desheredación injusta, afirmando que continuará el presente afán en un próximo estudio sobre la asociación de compras y mejoras.

VALLET MAS, Luis María: *El importe de la indemnización por mejoras en bienes fideicomitidos y la devaluación de la moneda*, R. J. C., número 1, 1975, págs. 97 y ss.

Se concreta el estudio en torno al comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1973. Manifiesta el autor que debe ser aplicable al adquirente por acto "inter vivos" de bienes fideicomitidos de la norma del artículo 208 de la Compilación. Examina las repercusiones que puede tener la existencia o no de buena fe en las obras llevadas a cabo por el fiduciario.

Centra su atención en el aumento del valor de los bienes y la indemnización a satisfacer y aprovecha para centrarse en el estudio de la indemnización por mejoras y la devaluación de la moneda.

Dentro de este trabajo se ciñe expresamente a investigar el concepto de la deuda de valor, la función del principio nominalista en relación con las deudas de valor, enumera los supuestos de deudas de valor, el momento de la conversión o reducción a deudas de dinero, la restitución del artículo 208 como deuda de valor y concluye el trabajo con el examen a la luz de la equidad de la solución propuesta.

LATORRE SEGURA, Angel: *El derecho a la cuarta marital*, R. J. C., 1975, número 1, enero-marzo.

Es el discurso pronunciado por el autor en la recepción como académico de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona.

Son estudiados en este discurso, los orígenes de la cuarta marital en el Derecho romano, donde se encuadra la figura no sólo dentro del Derecho matrimonial de familia, sino también en el ámbito del Derecho de sucesiones.

En el Derecho común son la extensión al viudo y un concepto más flexible de pobreza las notas más salientes de su evolución.

Las condiciones necesarias para el nacimiento de este derecho en la época actual, son, la disolución del matrimonio por muerte del marido y la pobreza relativa de la viuda; así, pues, la cuarta corresponde hoy exclusivamente a la viuda, quedando excluidos tanto el viudo como cualquiera de los cónyuges en el caso de anulación del matrimonio.

Son hechos que hacen perder, o mejor, que impiden el nacimiento de este derecho: "la viuda que culposamente se halle separada, aunque no mediare sentencia firme", la viuda que sea declarada indigna de suceder a su marido y la tercera circunstancias aplicable en Tortosa, la dote o donación nupcial "poc o de molt".

Son hechos que hacen perder el derecho a la cuarta marital, el contraer nuevo matrimonio antes de reclamarla, llevar vida manifiestamente licenciosa, por abandonar a los hijos comunes menores de edad o descuidarlos gravemente, renunciar a la cuarta después de la muerte del marido, por transcurso del plazo de cinco años a contar del fallecimiento del marido sin reclamarla y por fallecimiento de la viuda sin haber ejercitado la acción.

Termina el trabajo con la proposición de ciertas ideas en torno a una posible reforma futura.

RIERA RÍUS, Jaime: *Evolución de la Jurisprudencia canónica en las causas matrimoniales*, R. J. C., núm. 2, 1975, págs. 383 y ss.

Señala el autor del artículo que trata de examinar varios casos que desde luego no son "numerus clausus", pero que son, desde luego, indicativos de un nuevo estilo judicial canónico.

En su enumeración se señalan como más importantes los que se refieren a la falta de capacidad para cumplir con las obligaciones del estado conyugal. Sigue con la denominada falta de discreción de juicio y examina más ampliamente la necesaria libertad interna para comprometerse en matrimonio.

Capítulo muy afín con el anterior es el de la fuerza moral o "vis moralis", afirmando que en este caso lo que se trata la mayor parte de las veces es de ridiculizar la ley o, al menos, su aplicación. Termina el estudio del problema con el examen de lo que se llama el impedimento de engaño y error en la cualidades, señalando algún caso de los que el autor ha sido ponente y que lleva aparejada la nulidad del matrimonio.

Cumplimenta el anterior supuesto con la esencia del matrimonio y afirma en el final del trabajo que todas estas causas tienen como común denominador la antropología canónica, añadiendo que con el transcurso de los años pueden recibir una mayor consideración.

SANAHUJA TOMÁS, José: *Estudio pragmático sobre la hipoteca cambiaria*, R. J. C., núm. 2, 1975, págs. 393 y ss.

El autor sienta las premisas de que existe una necesidad imperiosa de revitalizar la garantía que deficientemente ofrece la letra de cambio, efecto de dotarla de una función eficaz, dentro del mundo del crédito en que se desarrolla.

El campo apropiado puede ser el supuesto de algunos constructores

de viviendas que no pueda desarrollar su empresa por la falta de liquidez de numerosos efectos.

Una letra de cambio fuerte evitaría la acumulación de capital inactivo, fomentaría la actividad empresarial, creando trabajo y riqueza.

Para ello le falta una superposición de garantía, que puede ser ofrecida por la hipoteca cambiaria constituida sobre la misma finca objeto del contrato de compraventa, dotando a la figura de la inscripción registral entre otras, ya que hoy muchas de estas figuras ni se documentan en instrumento público, sino que se hacen en documentos privados y son campo abonado para la creación de figuras leoninas, unas veces, y otras de supuestos que bordean la línea de lo penal.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La delación solidaria*, R. J. C., núm. 3, 1975, páginas 449 y ss.

Una nueva y magnífica visión del derecho de acrecer que con su habitual maestría y claridad nos da el autor.

El examen es exhaustivo al máximo y sólo alabanzas merece desde cualquier ángulo que se examine.

Dos grupos de trabajos ha desarrollado el autor, uno, el derecho de acrecer en general y en los derechos españoles, con especial referencia a los derechos forales, otro, a desentrañar cuándo es solidaria la delación de la herencia. Dentro del primer apartado son siete los epígrafes que examina, abarcando el estudio, la voluntad del testador, la delación solidaria normal y especial, el derecho de acrecer en general, ambos en Derecho español y derechos forales y la imposibilidad de un derecho de acrecer que no se base en la solidaridad de la delación.

En el segundo apartado, el autor examina cuándo es solidaria la delación, el Derecho navarro y su especialidad, el Derecho común, el Derecho catalán, Derecho balear, a solidaridad preferente dentro de la solidaridad común y que ocurre en el supuesto de llegado de parte alícuota.

Una alabanza más, las cuatro páginas completas que dedica el autor a la bibliografía sobre el tema y una nota cariñosa, la redacción del trabajo para el homenaje al gran jurista don Ramón María Roca Sastre.

PARA MARTÍN, Antonio: *Comentarios al Capítulo I del Título III de la Compilación de Cataluña, sobre disposiciones generales relativas al régimen económico conyugal*, R. J. C., núm. 2, 1975, págs. 257 y ss.

Con el examen de la normativa relativa al elemento personal para hacer capitulaciones matrimoniales comienza el trabajo que viene a complementar otros estudios, sobre la misma materia, realizados por el autor.

Continúa con el estudio de la innecesariedad de la intervención judicial. En el examen del artículo 9.º se detiene en la señal de genera-

lidad y la irrevocabilidad de las capitulaciones, la posibilidad de la misma prevista en las propias capitulaciones y la modificación del régimen por acuerdo unánime de los otorgantes.

Investiga las causas de excepción al principio de irrevocabilidad y en el examen del artículo 10 de la Compilación se detiene especialmente en la designación del usufructuario universal, en la figura del usufructo pactado por un cónyuge en favor de otro. Finaliza el trabajo con el estudio de la validez de la contratación entre cónyuges, a título oneroso, en régimen de separación de bienes, conforme al artículo 11 de la Compilación, la prueba de la onerosidad de las prestaciones, con la cual concluye el trabajo.

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 = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell 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. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).

- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für 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 Generali delle Obligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).

- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue 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 internationale 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 ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CONDICIÓN RESOLUTORIA A TÍTULO PERSONAL.—LOS DERECHOS PERSONALES NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE GRAVÁMENES A EFECTOS HIPOTECARIOS, POR LO QUE DEBERÁN SER CANCELADOS POR EL REGISTRADOR LOS CORRESPONDIENTES ASIENTOS CUANDO LO SOLICITE LA PARTE INTERESADA O SE PIDA LA OPORTUNA CERTIFICACIÓN DE CARGAS (Resolución de 19 de julio de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 15 de agosto).

Hechos.—Resultando que la Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José compró a doña Concepción Rodríguez Valdeosera y a su hija doña María de las Mercedes Muñoz y Rodríguez, mediante escritura otorgada ante el Notario que fue de Madrid don Zacarías Alonzo y Caballero, en 16 de octubre de 1891, una finca urbana destinada a convento, sita en el ensanche de Madrid e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 al libro 582 del Archivo, tomo 79 de la Sección 3.^a, folio 192, finca número 1.714, inscripción 1.^a, en la que consta la siguiente cláusula: “Si por cualquier causa dejase de existir el convento o por conveniencia propia de la Comunidad se trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición del Gobierno se acordase su incautación o venta, las vendedoras tienen derecho a reivindicar el terreno enajenado y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por destinarse a un objeto religioso se hace la enajenación en menos precio que el que podría obtenerse adquiriendo un particular”; y que, fallecidas las vendedoras, estimando la Congregación Religiosa que dicha limitación debía ser cancelada, la Abadesa del convento, en instancia de 20 de enero de 1972, solicitó del Registrador de la Propiedad la extensión del oportuno asiento.

Resultando que, presentada en el Registro la anterior instancia, acompañada de certificación de fallecimiento de doña Mercedes Muñoz Rodríguez, fue calificada con la siguiente nota: “Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento al que se acompaña certificación de defunción de doña Mercedes Muñoz Rodríguez, por tratarse de una inscripción practicada en virtud de escritura pública, de un contrato con condición y la cancelación de esta condición en él pactada, sólo puede llevarse a cabo por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por otra escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación el favorecido por la misma o sus causahabientes o representantes legítimos, como exige el artículo 82 de

la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanable este defecto, no procede anotación de suspensión que no ha sido solicitada”.

Resultando que el mencionado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que si bien el modo de fijar el precio en el contrato puede ofrecer dudas sobre si ha de ser calificada como oneroso o gratuito, la determinación exacta de su naturaleza jurídica resulta irrelevante, ya que de todos modos procedería la cancelación solicitada; que tratándose de un contrato oneroso la limitación impuesta podría ser considerada como una condición resolutoria basada en una prohibición de disponer, no permitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, razón por la cual no es inscribible y si lo fue debe ser cancelada de acuerdo con el artículo 98 del mismo texto legal; que en estos casos ni siquiera deberá entrar en juego la garantía accesorio de indemnización de daños y perjuicios admitida por el inciso final del citado artículo 27; que así ha venido a reconocerlo la jurisprudencia del Centro Directivo en las Resoluciones de 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936 y 4 de noviembre de 1968; que si hipotéticamente una prohibición de este género fuera inscrita, será cancelable a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento; que en este aspecto es significativa la Resolución de 7 de julio de 1949, que literalmente dice: “La cláusula de una escritura de compraventa transcrita en la inscripción correspondiente según la cual era condición del contrato que los edificios que se construyeran habrían de ser destinados a Seminarios o instituciones docentes de carácter diocesano, pueden cancelarse por instancia suscrita por el Obispo de la diócesis mediante la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, ya que la referida estipulación no se reputa condición resolutoria *erga omnes* ni es constitutiva de un derecho real”; que por todo lo anterior resulta incongruente la referencia en la nota del Registrador del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que constituye la norma general referente a la cancelación de los derechos reales, frente a la cual existen normas específicas como las citadas, aplicables a supuestos especiales a las que podrían agregarse el artículo 23 de la Ley y el 56 de su Reglamento; que en el campo de los contratos gratuitos, en donde las condiciones limitativas son más aceptables, el artículo 641 del Código civil establece las restricciones de que se estipulen en favor de sólo el donador o de otras personas con los límites en este caso que el propio Código determina para las sustituciones testamentarias; que en el presente caso la reversión ha sido dispuesta únicamente en favor de los transmitentes y es evidente que la legislación patria es contraria a la vinculación de bienes como resulta de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras que prohíben para lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble, interpretada por la Sentencia de 3 de noviembre de 1890 y 20 de abril de 1951, así como la Resolución de 25 de junio de 1904; que no hay duda de que las transmitentes pudieron reservarse la reversión del bien enajenado de sobrevivir en el momento en que se produjese el evento en que la condición consistía, esto es, el cambio de destino o dominio de los bienes, pero acreditado su fallecimiento, ha quedado consumada la adquisición del derecho,

por lo que procede la cancelación de la condición establecida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria; que este derecho no es transmisible a los herederos si el donante hubiese muerto antes de cumplirse la condición, como declara la Sentencia de 20 de junio de 1956 y las de 6 de diciembre de 1957 y 29 de enero de 1959, que resuelve la ya conocida antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, en el sentido de que este último se refiere a las transmisiones sujetas a modo y no a condición; que el criterio de la doctrina es concorde con lo dicho y que, como preceptos aplicables, señala los indicados más el 84 y 177 del Reglamento Hipotecario.

Resultando que el Registrador informó: Que el pacto estipulado constituye una condición *sui generis*, cuyos efectos serían semejantes a los de una condición resolutoria, pero con la diferencia de que en ésta el cumplimiento del suceso que puede poner en juego la resolución hace actuar a la misma de pleno derecho produciendo la vuelta a la situación jurídica anterior a la transmisión, mientras que en el presente caso la realización del evento que pone en juego la condición hace actuar al mecanismo resolutorio en el sentido de facultar a las vendedoras para ejercitar judicialmente la reivindicación de la cosa vendida; que nos encontramos por consiguiente con un contrato condicional inscrito cuya inscripción protege tanto el dominio del comprador como la limitación establecida en beneficio del vendedor; que en esta inscripción hay por tanto dos titularidades: Una en favor del adquirente y otra en provecho del que transmite, la cual permanece latente mientras no se produzca el evento que hace jugar la condición; que cualquier modificación de ese contrato, para poder tener acceso al Registro debe estar necesariamente convenida entre las dos partes contratantes o, en su caso, sustituida la voluntad de ellas por el mandato judicial, situación que está prevista en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que explicada la calificación pasa a referirse a los argumentos del recurrente que simplemente plantea la disyuntiva de considerar el contrato como oneroso o gratuito; que a juicio de los informantes el negocio jurídico convenido constituye lo que la doctrina llama una compraventa de amistad, en la cual el precio queda modalizado por una relación extracontractual del tipo afectivo que en el presente caso es el destino de la cosa vendida a un fin religioso, por lo que se fija un precio menor del que normalmente podría conseguirse por ellas; que este precio afectivo es evidentemente la causa de la condición impuesta; que considerando el contrato como oneroso la limitación establecida no constituye en realidad una prohibición de disponer, la cual sería posible siempre que el comprador asumiese los posibles riesgos de la reivindicación estipulada; que en el contrato convenido las partes acordaron la creación de un derecho real en favor de las vendedoras consistente en la posibilidad de reivindicar la cosa vendida, lo que limita y restringe las facultades dominicales sin que ello suponga una prohibición de disponer; que por ello, de acuerdo con el número 6 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario se hizo en los libros registrales expresión circunstancial de todo cuanto según el título limitaba las facultades del adquirente, copiándose literalmente la condición que podía originar aquella

acción reivindicatoria, cuyo ejercicio no cabe duda que tiene trascendencia real; que, en consecuencia, el único cauce posible para la cancelación es el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que aun suponiendo que se tratase de una prohibición de disponer, si fuera anterior a las nuevas normas o a pesar del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, tuvo acceso al Registro, no puede cancelarse libremente sino que, como los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, habrá que atenerse a las disposiciones existente sobre el particular; que en derecho transitorio la Ley da una serie de reglas para la eliminación del Registro de derechos que se consideran caducados, pero nada dice referente a prohibiciones de disponer; que si, por el contrario, por el que se adquirió la finca discutida fuese considerado gratuito, dadas las circunstancias del caso, el problema consiste en si, fallecidas las vendedoras, su derecho de reivindicación se transmite o no a sus herederos; que frente al criterio del recurrente estima que el derecho de reversión estipulado no es estrictamente personal, sino que forma parte del patrimonio de las vendedoras, por lo que sigue las vicisitudes que el mismo experimente; y que, en cuanto a la cancelación que el recurrente pretende, el artículo 27, señalando no es aplicable al caso, como ya se ha dicho, la cita del 98 de la Ley y 84 del Reglamento Hipotecario en relación con el 641 del Código civil, es incongruente y la Resolución de 7 de julio de 1949 no es aplicable al supuesto planteado, como tampoco el artículo 355 del Reglamento Hipotecario.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, por entender, de acuerdo con la tesis de este funcionario, que por tratarse de derechos inscritos protegidos por la fe pública, los correspondientes asientos sólo pueden cancelarse de conformidad con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria por sentencia firme o acuerdo unánime de los interesados.

Doctrina.—“Considerando que para resolver la cuestión planteada en este expediente relativa a la posibilidad de cancelar una limitación que figura en la inscripción de dominio de una finca, se hace necesario examinar cuál sea la naturaleza jurídica del contrato que en su día celebraron las partes y que provocó el asiento discutido.”

“Considerando que las partes calificaron de compraventa al contrato realizado, según se expresa en la escritura, y en ella se contiene una cláusula en la que se declara que por razón del destino del inmueble la venta se hace a menor precio del que podría obtenerse por la finca, lo que induce a incluirla dentro de las llamadas compraventas de amigo, *negotium mixtum cum donationem*, en donde hay una pluralidad de causas, pues por un lado están las recíprocas prestaciones de las partes—cosa y precio— y por otra, una liberalidad de una de ellas al ser el precio inferior al real.”

“Considerando que este tipo de negocios jurídicos, por las dificultades que plantea, ha dado lugar a muy variadas posiciones doctrinales que van, entre otras, desde la llamada teoría de la absorción hasta la del interés dominante, pasando por la de combinación, analogía o finalidad práctica perseguida por los contratantes, todas ellas no siempre satisfac-

torias para el caso concreto, ya que no debe olvidarse que por la duplicidad de la causa, es necesario acudir a las normas del Código civil sobre interpretación de los contratos para tratar de resolver las dudas que la propia complejidad del negocio ha planteado.”

“Considerando que en el supuesto concreto de este expediente y conforme al artículo 1.281 del Código civil, parece que la intención de las partes fue la de celebrar un contrato de compraventa, ya que de esta manera se califica el negocio en la escritura y se reitera esta finalidad de compra en toda la parte dispositiva de la misma, sin que esta evidencia quede desvirtuada por la cláusula que hace referencia al menor precio de la finca vendida, ya que, como declaró la Sentencia de 7 de diciembre de 1948, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, circunstancia que aquí no queda suficientemente probada, por lo que en último término, y según el artículo 1.289 del Código civil, las dificultades y dudas cuando el contrato es oneroso habrán de resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses.”

“Considerando que la estipulación de la compraventa discutida, en la que se contiene la reserva establecida en favor de las vendedoras para readquirir el inmueble, no se ha configurado con el carácter de derecho real, al faltarle los requisitos para ello, lo que hubiera dado lugar a que, tal como declaró la Resolución de 20 de septiembre de 1966, pudiera tener acceso al Registro con plenitud de efectos, sino que se trata de un pacto obligacional, de no disponer, cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa.”

“Considerando que aun cuando la función característica de Registro de la Propiedad es la publicación del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, en algunos casos, tal como declaró la Resolución de 13 de junio de 1935, tienen cabida otras relaciones jurídicas que carecen de carácter real, y que contienen condiciones a que se sujetan los derechos inscritos o de titularidades que tienden a la formación o constitución de derechos reales, si bien es cierto que a estas relaciones no inscribibles *per se*, pero que cumplen la finalidad de dar a conocer posibles modificaciones del *ius in re*, no le son aplicables en todo su rigor y pureza los principios hipotecarios.”

“Considerando que, en el supuesto concreto de este expediente, por la condición impuesta, el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato y sin ningún efecto el acto realizado, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que no permite ingresen en el Registro las prohibiciones de enajenar que tienen su origen en un acto a título oneroso, salvo que aparezcan aseguradas con hipoteca u otro tipo de garantía real, lo que aquí no sucede.”

“Considerando, por tanto, que ante esta circunstancia habrían de aplicarse los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento, que al ordenar que los derechos personales no asegurados especialmente, no tendrán la consideración de gravámenes a efectos de esta Ley, im-

ponen como consecuencia que habrá de ser cancelado por el Registrador el asiento discutido, cuando lo solicita la parte interesada o se pida la correspondiente certificación de cargas.”

“Esta Dirección General entiende que procede revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—La problemática que plantea la presente Resolución ofrece en sus diversos considerandos un campo amplio en el que debe entrar en juego la interpretación. La amplitud en que se mueve este “metodo” clarificador de la voluntad de las partes intervinientes en el contrato es grande, ya que de una parte se trata de profundizar en la esencia del contrato, para luego precisar la naturaleza de la cláusula que da lugar al problema de fondo. Si bien el arranque de los considerandos es “prometedor” en cuanto las referencias a construcciones difíciles en las que la causa decide oscuridades o claridades, luego baja de tono dando la impresión que el esfuerzo inicial se desconecta totalmente de la naturaleza de una cláusula y de un derecho nacido de la misma, aunque la discutida esencia del contrato surja también de ella.

Como sería poco constructivo resumir estas notas y enfocarlas únicamente en el problema de la esencia del derecho que se trata o pretende cancelar, vamos a sujetarnos a los itinerarios que nos marca la Resolución y distinguir tres partes en estos comentarios: A) La naturaleza del contrato celebrado. B) La esencia del derecho surgido de la cláusula especial del mismo, y C) Los efectos registrales de la construcción dada.

A) *Naturaleza del contrato celebrado*

Las partes denominan o califican al contrato como “compraventa”, pero declaran en la cláusula discutida del contrato “que por razón del destino del inmueble la venta se hace a menor precio del que podría obtenerse por la finca”, provocando con ello la duda de si lo que querían celebrar era una compraventa o una venta de amistad que se conoce con el nombre técnico de “negotium mixtum cum donatione”.

Para llegar a la distinción conceptual entre contratos múltiples, mixtos y con causa mixta la Sentencia de 27 de febrero de 1951 utilizó el “elemento causal” como esencial para su diferenciación y así, mientras en los contratos múltiples se estimó inexistente la unión causal, siendo la misma puramente externa o formal, en los mixtos se entendió que existía un vínculo causal aunque los elementos o prestaciones procedieran de diversos contratos, llegando, por último, a los con causa mixta, que son en los que concurren simultáneamente dos o más causas objetivas. Como ejemplo de estos últimos se citaban la donación onerosa y la compraventa amistosa o benévola. A este riguroso criterio diferenciador se ajusta la Dirección, pero a la hora de precisar si se está o no ante un negocio de ese tipo y dadas sus dificultades doctrinales en orden a su construcción, acude a las normas interpretativas del Código civil (1281 y 1289) y resuelve el problema estimando existente una compraventa.

Las figuras que podían barajarse para ser encuadrado el contrato cuestionado eran la compraventa, la donación y el negocio con causa mix-

ta. Se eliminó la figura de la donación sobre la base de que la causa de la misma estaba constituida por la mera liberalidad, cosa que no sucede en el caso planteado, pues al existir cosa y precio (aunque éste sea menor que el real) se da la reciprocidad de prestaciones en las que se basan los contratos onerosos. Por último, el negocio con causa mixta se cita como adorno doctrinal, pero luego desaparece el mismo con la teoría de la interpretación basada en los artículos 1.281 y 1.289 del Código civil.

Quizá la Dirección General tenga razón al eliminar la donación e inclinarse por la compraventa, pues no hay que olvidar que ese “menor precio” a que hace referencia la cláusula cuestionada no es más que una hipotética forma de hacer constar públicamente el otorgamiento de una limosna. ¿Cuál es el precio real? ¿Cuál es el precio de mercado? ¿Cuál es el precio verdadero y el escriturado, el declarado y el comprobado? Sería muy difícil llegar a una precisión del precio “que podría obtenerse adquiriendo un particular”. Pero si la Dirección General tiene razón, o parece tenerla, al calificar el negocio como de compraventa en base de una interpretación voluntarista de los contratantes y en la contraprestación existente, sobra, a mi entender, el último argumento basado en esa “inclinación” legal a favor de las “mayor reciprocidad de intereses” de que habla el artículo 1.289 del Código civil, pues creo que lo que la Dirección pretendía era resolver la naturaleza del contrato y no “dudas sobre las circunstancias accidentales del contrato”, que es el supuesto de que parten las normas del artículo citado.

De otra parte, creo que el gran esfuerzo inicial de calificación llevado a cabo por la Dirección en torno a los contratos con causa mixta hubiese sido muy próspero en consecuencias, pensando en poder aplicar al mismo —sobre la base de la teoría de la combinación— normas que hubiesen encajado mejor con los efectos que se predicen del mismo. Me estoy refiriendo a las prohibiciones de disponer, el derecho de recuperar la cosa vendida, el modo, la condición temporal, etc., aparte de haber podido abrir una pequeña brecha en la ampliación del concepto de tercero hipotecario que sólo a título oneroso parece quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Creo que hubiera merecido la pena el esfuerzo. De esta otra forma hay, como veremos a continuación, roces inevitables de muy difícil solución. Por eso discrepo del escrito de interposición del recurso en el cual se dice que es irrelevante la naturaleza exacta del contrato, pues bien se califique de oneroso o gratuito “de todos modos procedería la cancelación”.

B) *Esencia del derecho surgido de la cláusula cuestionada*

La determinación del derecho que se reservan las vendedoras para el caso de que suceda un especial caso de incumplimiento de destino prefijado es el tema central de la Resolución, pues su calificación demostrará hasta qué punto el mismo pudo tener acceso al Registro y la consecuencia de su posible cancelación a través de la petición formulada. Del escrito de alegaciones presentado por el que inicia el recurso y del informe del funcionario calificador surgen infinidad de casos que casi agotan

las posibilidades constructivas. Podemos optar por configurar el supuesto como un caso de prohibición de disponer, una condición resolutoria, un modo, un derecho reversional, un simple derecho personal o pacto obligacional, etc. Al lado de la solución dada por la Dirección haremos referencia a las demás figuras.

a) *Prohibición de disponer*

La postura de la Dirección General es la de considerar, en principio, que existe una prohibición de disponer: "cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa". Salta a la vista el contrasentido que supone calificar el contrato como oneroso y dar por buena la existencia de una prohibición de disponer contra lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Algo de eso alega el recurrente en su escrito: si el contrato es oneroso y se estima la existencia de una prohibición de disponer contra lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria lo procedente es la cancelación conforme al artículo 98 de la misma.

Creo que aquí puede ser buen momento para hacer dos precisiones: si pueden o no ingresar en el Registro las prohibiciones de disponer impuestas en negocios onerosos al amparo de las condiciones resolutorias y si en el caso presente había o no prohibición de disponer. El primer problema, habíamos entendido nosotros ("Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral", Madrid, 1967, pág. 605), estaba resuelto a través de la autorizada opinión de LA RICA y a este respecto decíamos: "El acceso de la prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso puede lograrse —dice LA RICA— por medios indirectos, como es por el cauce de la condición resolutoria y en cuya virtud la venta realizada queda resuelta si el comprador enajena la finca. En el trabajo de PORCIOLES anteproyecto de reforma de la Ley Hipotecaria, se excluía esta posibilidad". Conforme a la Resolución comentada y a la de 4 noviembre de 1968, esa solución no puede mantenerse, ya que "según el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, no tiene tal pacto acceso al Registro por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26, ni haberse garantizado, de otra parte, su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real y sin que ello impida la inscripción de la escritura, de conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario".

Lo destacable de esta doctrina es que la negativa del acceso del pacto se basa en la falta de garantía del cumplimiento. Es claro que, conforme al artículo 57 del Reglamento Hipotecario, se permite asegurar con hipoteca o "cualquier otra forma de garantía real" el incumplimiento de la prohibición de disponer, que no se inscribe, pero que sirve de base jurídica para sustentar la garantía. De esa forma habría que hacer caso omiso de las cláusulas de hipoteca en las que la prohibición de "volverlos a hipotecar" y aquellas en las que se "prohíbe el arrendamiento de la finca hipotecada", no impiden, por supuesto, la hipoteca, aunque supongan una causa resolutoria de la misma. Todo ello conforme con lo dispuesto en las Resoluciones de 25 noviembre de 1935, 16 junio 1936 y 18

noviembre de 1960. No obstante queda en pie si esa fórmula empleada por la Ley Hipotecaria en el artículo 27 "de cualquier otra forma de garantía real" puede cobijar la "condición resolutoria". Sin aportar aquí la solución fiscal de tributación que nada añade a su naturaleza jurídica; podría citarse la tesis de MIRABELLI (G.) "Comentario del Codice Civile", Torino, 1968, la de BARBERO (D.) "Sistema istituzionale del Diritto privato italiano", Torino, 1958, la de NATOLI (U.) "Il termine essenziale", 1947 y la de MOSCO (L.) "La resolución de los contratos por incumplimiento", Barcelona, 1962, a los cuales se une en nuestra patria RODRÍGUEZ ADRADOS (A.) "Algunos aspectos de la Ley comisoria" (R.C.D.I., 1968, página 97), que sostiene el carácter real y la eficacia *erga omnes* de la condición resolutoria y su posible aplicación al pacto de la "Lex comisoria". Lo cual daría entrada a esa posible "garantía real" de que habla el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y permitiría excluir la prohibición de disponer, sin perjuicio de mantener la garantía para su incumplimiento, conforme al artículo 57 del Reglamento Hipotecario.

En materia de si existe o no prohibición de disponer, creo que la cláusula es lo suficientemente expresiva para entender que no hay tal prohibición de disponer. Leída sin previos encasillamientos resulta que la finalidad del negocio que se celebra es que el inmueble vendido se destine "a un objeto religioso". De ello se deduce que cualquier enajenación, venta, donación, cesión que se haga, si es con este mismo destino de dedicarlo a "un objeto religioso", no viola la cláusula limitativa que puede hacer surgir el derecho de las vendedoras. Es el "destino" y no la libre circulación de bienes lo que se pretende mantener. Es decir, estamos ante el caso claro de las donaciones hechas por los Ayuntamientos (por poner un ejemplo) en las que la fijación del destino opera como posible causa de rescisión, reversión o resolución del negocio realizado (artículo 97, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo 1955). Aparte de todo ello, y como veremos luego, el hecho de una enajenación que no encaje en el destino religioso previsto no supone una prohibición de dicho acto, sino que su realización provoca el nacimiento de un derecho a favor de las vendedoras que luego examinaremos. Claro que todo ello debe ser entendido con las restricciones de si la "fijación de un destino" puede ser estipulada en un contrato que se califica de "oneroso", aparte de una posible precisión del concepto de prohibición de disponer que puede consultarse en nuestra obra antes citada y en el trabajo de AMORÓS GUARDIOLA ("Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente" en este mismo Anuario, XVIII-IV, 1965, pág. 953).

b) *Condición resolutoria*

Para el Registrador que califica el documento es claro que se trata de un pacto que hace surgir una condición "sui generis", cuyos efectos serían semejantes a los de una condición resolutoria, pero con la diferencia de que en ésta el cumplimiento del suceso que puede poner en juego la resolución hace actuar a la misma de pleno derecho, produciendo la vuelta a la situación jurídica anterior a la transmisión condicionada,

mientras que en el presente caso la realización del evento que pone en juego la condición hace actuar al mecanismo resolutorio, en el sentido de facultar a las vendedoras para ejercitar judicialmente la reivindicación de la cosa vendida.

Para la Dirección General la cosa es más clara, pues en el "considerando" cinco, final, dice que "se trata de un pacto obligacional de no disponer, cuyo incumplimiento por el comprador queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa". Es decir, se trata de esa fórmula que LA RICA dio por buena y que, como antes vimos, la Dirección le puso reparos.

Nosotros habíamos partido de la inexistencia de una prohibición de disponer, pero admitíamos que el negocio quedaba condicionado por el destino señalado al inmueble, cuyo incumplimiento determinaba el nacimiento de un derecho a favor de las vendedoras. Por ello nuestra postura se acerca más al informe del Registrador en su perfil constructivo que al sustentado por la Dirección General. El destino y su posible incumplimiento opera como condición para el nacimiento de un derecho, apartándose así del posible automatismo de la condición en sentido estricto. No obstante, registralmente la inscripción reflejará, de una parte, el dominio del comprador y, de otra, la limitación establecida a favor del vendedor. El que esa limitación sea o no derecho real y quepa su inscripción al amparo del artículo 51, 6.º del Reglamento Hipotecario es otro problema.

c) *Modo*

Conforme a lo que hemos sostenido, el destino y su incumplimiento hace nacer un derecho de reversión o reivindicación a favor de las vendedoras, lo cual hace pensar que más que en el elemento determinante de la condición, debemos entender que aparece ante nosotros la figura del "modo". Entre los trabajos decisivos que sobre el tema cabe citar está el del maestro CASTÁN TOBEÑAS ("El modo en los actos jurídicos", 1921) para quien se trata de una determinación accesoria agregada a un acto de liberalidad y por la que queda obligado el adquirente a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero. Sin perjuicio de ello, y como de todos es conocido, existen ciertas teorías que tratan de perfilar su esencia fijándose en la necesidad de emplear los bienes en un determinado fin, estimarse como carga que disminuye la atribución patrimonial, obligación accesoria o teoría finalista. Pero lo importante es la diferencia que la doctrina atribuye a esta figura frente a la condición: supone un vínculo obligatorio, funciona en los actos de liberalidad y es de carácter accesorio, en cuanto ha de consistir en una obligación accesoria, excepcional, extraña a la naturaleza del acto a que se incorpora y que no influya decisiva y directamente sobre éste. El modo, de esta forma, se distancia de la condición y de las contraprestaciones en los contratos onerosos.

De difícil aplicación resulta la figura del modo en este campo de los negocios onerosos, pues la generalidad de la doctrina sólo lo permite en

el campo de los gratuitos. Por eso hubiera merecido la pena —como dijimos al comienzo— hacer un esfuerzo constructivo para encajar esta figura en el de los negocios con “causa mixta”. Al no hacerlo así, al calificar el contrato como oneroso, suponer la existencia de una prohibición de disponer y calificar el derecho surgido como puramente obligacional, queda marginada la posible eficacia del modo como real en su publicidad libraria, a la manera de lo dispuesto en el artículo 2, 3.º y 37, 2.º de la Ley Hipotecaria.

d) *Derecho reversional*

Sería muy difícil llegar en este comentario a una precisión del concepto de reversión o posibilidad de readquisición de un dominio o derecho que se tuvo en su día. En otra ocasión hice algún intento de construcción unitaria de la figura (“Repercusiones registrales del derecho de reversión”, Conferencia dada en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura, curso 1975) dentro de las manifestaciones legales que la misma ofrece, pero aquello no pasó de los umbrales de una “delimitación de materia”. La reversión puede ser un “efecto” común a diversas instituciones y puede ser también un “modo” de readquirir el dominio. Sólo en determinadas instituciones —como la expropiación forzosa— cabe la construcción de la reversión como derecho, pues en el resto se ofrecen doctrinalmente muchas otras explicaciones. Ello, sin embargo, no es obstáculo para que dentro del campo creativo de derechos, por la voluntad de los interesados, pueda admitirse la reversión como derecho atípico.

A esta construcción alude en su informe el Registrador, denominando unas veces a la figura como derecho de reivindicación, tal y como aparece en la cláusula que da lugar al recurso, y otras derecho de reversión, pero calificándolo siempre como “derecho real” para justificar, de una parte, su debido acceso al Registro y, de otra, para descartar la aplicación al caso de los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento. La Dirección General, sobre la base de la Resolución de 7 de julio de 1949, entiende que el derecho de readquirir el inmueble que se reservan las vendedoras “no se ha configurado con el carácter de derecho real, al faltarle los requisitos para ello”, lo cual permite inmediatamente la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria y el 355 del Reglamento.

C) *Efectos registrales*

Los efectos registrales de la cláusula inscrita varían totalmente según sea la construcción que se adopte, pues estimándose que se trata de un vínculo puramente obligatorio, carece de eficacia real y no afecta a terceros, lo cual prácticamente lleva a la aplicación de los artículos citados en la Resolución. Configurándolo como real es evidente que su cancelación sólo podría llevarse a cabo por el juego del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y el principio de que los “asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales”.

No da muchas razones la Dirección General para justificar el carác-

ter personal del derecho que se deriva de la cláusula citada, pero hay que estimar que al seguir la pauta marcada por la de 7 de julio de 1949, lo que allí se exigía podría tener aplicación al presente caso. La Dirección establecía como requisitos fundamentales para entender que la fijación de un "destino" tuviera repercusiones contra tercero los siguientes: a) Que se fijase un término para cumplir la condición, pues de otra forma podría mantenerse indefinidamente, violando los preceptos referente a las prohibiciones de enajenar perpetuas o que excedan de ciertos plazos. b) Que se asegure su cumplimiento con garantía real. c) Que se le asigne el carácter de condición resolutoria explícita con posible repercusión frente a todos. d) Que se pacte la reversión o designación de beneficiarios del suelo en el supuesto de su voluntario o involuntario incumplimiento.

Vamos a prescindir en este comentario de la "fijación de un término" y del problema de la transmisión a los herederos del derecho pactado, pues ambos queremos abordarlos al comentar la siguiente resolución, que tiene contactos conceptuales con ésta. Nos limitamos ahora a las tres posibles exigencias que la Dirección plantea: que se asegure con garantía real, que se le dé el carácter de condición resolutoria o que se pacte la reversión. Puede perfectamente afirmarse que en la cláusula no hay base para decir que existe una garantía real, pero la Dirección General viene a reconocer en uno de sus considerandos que el pacto de no disponer "queda sujeto a la condición resolutoria de resolverse la compraventa" si llega su incumplimiento, y en otro considerando se añade que "el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, ya que si lo hiciera quedaría resuelto el contrato...". Ello nos lleva a dos consecuencias: 1.º) Que la Dirección General, en el año 1949, asimilaba las garantías reales a las condiciones resolutorias explícitas, lo cual nos podría llevar a la permisón de asegurar las prohibiciones de disponer con las condiciones resolutorias, cosa que ahora se niega como posible, y 2.º) Que si había condición resolutoria y prohibición de disponer el camino para la cancelación debió ser el artículo 27 de la Ley Hipotecaria o la negación del carácter "explícito" a la condición pactada.

Suponiendo que no se admitiese ni la asimilación dicha, ni la existencia de la condición, es evidente que sí se pactó la reversión y que ésta, intencionalmente, nunca pudo limitarse en su eficacia a surtir efecto entre partes. Al no darse ahora razones justificativas o requisitos para que el derecho pactado tenga carácter real, se aparta la Dirección de aquella Resolución de 1949, que entendió suficiente para "asegurar" el destino de la finca frente a todos o la constitución de una garantía, el pacto de condición resolutoria explícita o el pacto de un derecho de reversión.

Al terminar el comentario se hace patente lo que dijimos al comienzo: el gran esfuerzo inicial con el que arrancan los primeros considerandos no se corresponden con las conclusiones a que llegan los últimos en su calificación del derecho cuestionado. Creo que hubiese sido un gran momento para haber intentado una construcción del contrato con causa mixta simultaneando normas onerosas y gratuitas, o bien haber dogmatizado en

cuanto a los requisitos que deben reunir los pactos de reversión u otros análogos para su acceso al Registro y su posterior eficacia frente a todos. Al no hacerse así, hay que suponer que la Dirección General se basó en otras razones éticas difíciles de descubrir.

CANCELACIÓN DE CONDICIÓN RESOLUTORIA.—REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 19 DE JULIO, SEGÚN LA CUAL LOS DERECHOS PERSONALES NO ASEGURADOS ESPECIALMENTE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE GRAVÁMENES A EFECTOS HIPOTECARIOS, POR LO QUE DEBERÁN SER CANCELADOS POR EL REGISTRADOR LOS CORRESPONDIENTES ASIENTOS CUANDO LO SOLICITE LA PARTE INTERESADA O SE PIDA LA OPORTUNA CERTIFICACIÓN DE CARGAS (Resolución de 10 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 6 de noviembre).

Hechos.—Resultando que la Congregación de Religiosas Concepcionistas Franciscanas de San José compró a don Clemente Ortueta y Garay, mediante escritura otorgada ante el Notario que fue de Madrid don Zacarías Alonso y Caballero, en 30 de junio de 1892, una finca urbana lindante al convento de la Congregación compradora e inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 al libro 548, tomo 63 de la sección 3.ª, folio 37, finca número 1.361, inscripción primera, en la que consta que el destino del terreno ha de ser agregarlo al referido convento, “pero si por cualquier causa éste dejase de existir o por conveniencia propia se trasladase a otro sitio, así como si por alguna disposición gubernativa se acordase su incautación o venta, el señor Ortueta y sus sucesores podrían reivindicarlo y darle la aplicación que creyeran más conveniente, pues por destinarse a un objeto religioso lo vende en menor precio que el que podría obtener del mismo” y que, estimando la indicada Congregación Religiosa que dicha limitación debía ser cancelada, la Abadesa del convento, en instancia de 20 de enero de 1972, solicitó del Registrador de la Propiedad la extensión del oportuno asiento.

Resultando que, presentada en el Registro la anterior instancia fue calificada con la siguiente nota: “Denegada la cancelación solicitada en el precedente documento, al que se acompañan certificados de defunción de don Javier y doña María Ortueta Murgoitio, por tratarse de una inscripción practicada en virtud de escritura pública de un contrato con condición, y la cancelación de esta condición en él pactada sólo puede llevarse a cabo por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación el favorecido por la misma o sus causahabientes o representantes legítimos, como exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, se hace constar que en el documento no se expresa la extensión superficial con arreglo al sistema métrico decimal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54, 4.º del Reglamento Hipotecario, Siendo el primer defecto consignado de carácter insubsanable, no procede anotación de suspensión que no ha sido solicitada”.

Resultando que el mencionado Procurador, en la representación que

ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en primer lugar hay que examinar la naturaleza jurídica del contrato por su trascendencia en relación a la cancelación de la carga; que si bien el modo de fijar el precio del contrato puede ofrecer dudas sobre si ha de ser calificado como oneroso o gratuito, la determinación exacta de su naturaleza jurídica resulta irrelevante, ya que de todos modos procedería la cancelación solicitada; que tratándose de un contrato oneroso la limitación impuesta podría ser considerada como una condición resolutoria basada en una prohibición de disponer, no permitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, razón por la cual no es inscribible y si lo fue debe ser cancelada de acuerdo con el artículo 98 del mismo texto legal; que en estos casos, ni siquiera deberá entrar en juego la garantía accesoria de indemnización de daños y perjuicios, admitida por el inciso final del citado artículo 27; que así ha venido a reconocerlo la jurisprudencia del Centro directivo en las Resoluciones del 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936 y 4 de noviembre de 1968; que si hipotéticamente una prohibición de este género fuese inscrita, será cancelable a tenor de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento; y que en este aspecto es significativa la Resolución de 7 de julio de 1949, que así lo ordenó; que por todo ello resulta incongruente la referencia en la nota del Registrador al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que constituye la norma general, referente a la cancelación de los derechos reales frente a la cual existen normas específicas como las citadas, aplicables a supuestos especiales, a las que podrían agregarse los artículos 23 de la Ley y 56 de su Reglamento; que en el campo de los contratos gratuitos, en donde las condiciones limitativas son más aceptables, el artículo 641 del Código civil establece las restricciones de que se estipulen sólo en favor del donador o, en el caso de beneficiar a otras personas, con los límites que el propio Código determina para las sustituciones testamentarias; que es evidente que la legislación patria es contraria a la vinculación de bienes conforme al principio "in dubii semper contra fideicommissum", de acuerdo con lo establecido en las leyes desamortizadoras y desvinculadoras que prohíben para lo sucesivo la amortización de la propiedad inmueble, según resulta de las Sentencias de 3 de noviembre de 1890, 20 de abril de 1951 y Resolución de 25 de junio de 1904; que la sustitución fideicomisaria viene delimitada por tres requisitos: 1.º Pluralidad de llamamientos sucesivos. 2.º Obligación de conservar y restituir los bienes. 3.º Que los llamamientos no pasen del segundo grado o se hagan en favor de persona que viva al tiempo de fallecer el testador; que de estas tres exigencias sólo interesa a los efectos del recurso la tercera de ellas, o sea, la referente a las personas llamadas en el pacto de reversión del donante que en sentido estricto no constituye una sustitución fideicomisaria, sino que únicamente sirve para señalar el límite a los llamamientos que no pueden pasar del segundo grado o deben hacerse en favor de personas que vivan en el momento en que fallezca el donante; que, por tanto, se puede afirmar que sólo tienen derecho a la reversión en caso de incumplimiento de la condición establecida, los llamados por el donante que vivan al producirse el evento en

que la condición consiste que si éstos han muerto no adquieren derecho alguno ni tampoco lo transmiten a sus herederos, como declara la Sentencia de 20 de junio de 1956, así como las de 6 de diciembre de 1957 y 29 de enero de 1959, que resuelven la ya conocida antinomia entre los artículos 759 y 799 del Código civil, en el sentido de que este último se refiere a las transmisiones sujetas a modo y no a condición; que resuelto este punto conviene aclarar quiénes son los beneficiarios del pacto de reversión estipulado por el vendedor; que la expresión literal utilizada en el contrato es la de que pueden utilizar este derecho el transmitente y sus sucesores; que el primero falleció sin hacer uso de tal facultad el 11 de febrero de 1909, con testamento otorgado ante el Notario de Madrid don Magdaleno Hernández, el 17 de junio de 1907, en el que instituyó herederos a sus hijos, don Juan Gonzalo, doña María y don Francisco Ortueta Murgoitio; que de estos tres hijos, el primero falleció el 31 de junio de 1923, el último el 19 de junio de 1943 y doña María el 9 de junio de 1970, según consta en el Registro y certificaciones del Registro Civil que se acompañan; que, por tanto, muertos los hijos sólo queda determinar si en la expresión "sucesores" empleada en la escritura deben entenderse comprendidos los herederos de éstos; que para resolver esta interrogante deben tenerse en cuenta los artículos 783 del Código civil, la Resolución de 11 de junio de 1923, la Sentencia de 23 de junio de 1940, el artículo 751 del mencionado Código civil y, finalmente, el criterio restrictivo en la interpretación de las sustituciones que pueden favorecer una vinculación de bienes; que si bien el artículo 784 del Código civil dice que el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque fallezca antes que el fiduciario, y que el derecho de aquél pasará a sus herederos, la doctrina interpreta que este precepto sólo es aplicable al caso de las sustituciones puras y que las condicionales se rigen por el artículo 759 del Código civil, criterio ratificado por la Jurisprudencia en la Sentencias de 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954, 25 de noviembre de 1960 y 29 de enero de 1962; que ya se considere la limitación establecida como una prohibición de disponer o como una condición estipulada, la cancelación solicitada es procedente de conformidad con los preceptos citados, a los que pueden agregarse los artículos 84 y 177 del Reglamento Hipotecario; y que, en cuanto a la falta subsanable señalada de no expresarse la superficie con arreglo al sistema métrico decimal, se acepta la calificación registral, ofreciéndose la subsanación si hubiese lugar a la cancelación solicitada.

Resultando que el Registrador informó: Que el pacto estipulado constituye una condición "*sui generis*" cuyos efectos serían semejantes a los de una condición resolutoria, pero con la diferencia de que en ésta, el cumplimiento del suceso que pone en juego la resolución hace actuar a la misma, de pleno derecho, produciendo la vuelta a la situación jurídica anterior a la transmisión condicionada, mientras que en el presente caso la realización del evento que pone en juego la condición hace actual el mecanismo resolutorio en el sentido de facultar al vendedor o beneficiario para ejercitar judicialmente la reivindicación de la cosa vendida; que nos encontramos, por consiguiente, con un contrato condicional ins-

crita, cuya inscripción protege tanto el dominio del comprador como la limitación establecida en provecho del vendedor; que en esta inscripción hay, por tanto, dos titularidades: una en favor del adquirente y otra en beneficio del que transmite, la cual permanece latente mientras no se produzca el suceso que hace jugar la condición; que cualquier modificación de este contrato inscrito, para poder tener acceso al Registro, debe estar necesariamente convenida entre las dos partes constatables o, en su caso, sustituida la voluntad de una de ellas por mandato judicial, situación prevista en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que explicada la calificación pasan a referirse a los argumentos del recurrente, que simplemente plantea la disyuntiva de considerar al contrato como oneroso o gratuito; que a juicio de los informantes, el negocio jurídico convenido constituye lo que la doctrina llama una compraventa de amistad, en la cual el precio queda modalizado por una relación extracontractual de tipo afectivo consistente en el presente caso en el destino de la cosa vendida a un fin religioso, por lo cual se fija un precio menor del que normalmente podría conseguirse por ella; que este precio afectivo es, evidentemente, la causa de la condición impuesta; que considerado el contrato como oneroso, la limitación establecida no implica en realidad una prohibición de disponer, la cual sería posible siempre que el comprador asumiese los posibles riesgos de la reivindicación estipulada; que en el contrato acordado las partes establecieron la condición como un derecho real en favor del vendedor y sus sucesores, consistente en la posibilidad de reivindicar la cosa vendida, lo que limita y restringe las facultades dominicales, sin que ello suponga una prohibición de disponer; que por ello, de acuerdo con el número 6 del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, se hizo constar en los libros registrales todo cuanto según el título limitaba las facultades del adquirente, copiándose literalmente la condición que podía originar aquella acción reivindicatoria, cuyo ejercicio no cabe duda que tiene trascendencia real; que, en consecuencia, el único cauce posible para la cancelación es el artículo 82 de la Ley Hipotecaria; que aun suponiendo que se tratase de una prohibición de disponer, si fuese anterior a las nuevas normas o a pesar del artículo 27 de la Ley Hipotecaria tuvo acceso al Registro, no puede cancelarse libremente sino que, como los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, habrá que atenerse a las disposiciones existentes sobre el particular; que en derecho transitorio, la Ley contiene una serie de reglas para la eliminación del Registro de derechos que se consideran caducados, pero no dice nada referente a las prohibiciones de disponer; que si se considerase gratuito el contrato estipulado, el pacto convenido supone una reversión condicional a la que si se aplican el artículo 641 del Código civil y las normas sobre sustituciones, hay que tener en cuenta que este precepto se refiere no sólo a las sustituciones fideicomisarias, sino que habla de las "testamentarias" en general, entre las que hay que comprender, naturalmente, la vulgar, que es la que habría que aplicar en el presente caso con las necesarias adaptaciones; que gráficamente una Resolución de 14 de diciembre de 1905 interpretaba la frase "para ellos, sus hijos y descendientes", como una sustitución vul-

gar en favor de los descendientes de los primeros instituidos, es decir, de los nietos del testador, pues la palabra sucesores tiene, evidentemente, una amplitud genérica mayor que la específica de hijos; que, en consecuencia, los posibles descendientes de los hijos pueden, en su caso, ejercitar el derecho de reivindicar los bienes sujetos a la condición; que considerada la condición como una sustitución fideicomisaria, sólo en cuanto a los límites señalados por la Ley, los grados constituyen llamamientos, por lo que habría que justificar el fallecimiento no sólo de los hijos, sino también de los nietos del vendedor; que incluso es posible que antes de morir el vendedor viviesen ya algunos nietos que podrían, por estar dentro del segundo grado y vivir al tiempo de la muerte del testador, ejercitar la acción reivindicatoria; que tratándose en el fondo, como se ha dicho, de una compraventa de amistad, parece excesivo traer a colación todo el complejo mundo de la sucesión hereditaria con detalladas interpretaciones, sólo por una equiparación de plazos; que en cuanto a la procedencia de la cancelación que el recurrente pretende, el artículo 27 de la Ley Hipotecaria no es aplicable al caso, la cita del 98 de la misma Ley y 84 de su Reglamento en relación con el 641 del Código civil es incongruente y la Resolución de 7 de julio de 1949 no es aplicable al supuesto planteado como tampoco el artículo 355 del Reglamento Hipotecario; y que, por todo lo que se refiere a la no expresión de la medida superficial de la finca en el sistema métrico decimal, aceptado el defecto por el recurrente no procede argumentar sobre el mismo.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por entender, como este funcionario, que tratándose de derechos inscritos protegidos por la fe pública, sólo pueden ser cancelados los correspondientes asientos por sentencia firme o acuerdo unánime de los interesados.

Doctrina.—“Considerando que este recurso se plantea entre los mismos interesados y sobre una cuestión similar a la resuelta por este Centro Directivo en la Resolución de 19 de julio de este mismo año, en la que declaró que procedía la cancelación del asiento solicitado al aplicar los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento, dadas las características de la cláusula discutida en la compraventa celebrada al faltarle a la reserva establecida a favor del vendedor los requisitos necesarios para considerarla como una figura de naturaleza real, y en donde además el comprador aparece privado de la facultad de disponer de la finca, al quedar resuelto y sin ningún efecto el contrato, caso de que lo hiciera, con lo que de modo indirecto se vulneraría el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la Nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—La presente Resolución es muy semejante a la de 19 de julio precedente, ya comentada. Lo dice así el considerando único de la misma. Por ello, aquí debemos dar por reproducido todo lo dicho anteriormente, aunque, como ya anticipábamos, quedaban dos o tres temas para ser tratados en especial y referidos a esta Resolución, en la cual los hechos o términos de la cláusula varían en cierto modo, pues esa

especie de "derecho de reivindicación o reversión" se establece, a diferencia del anterior supuesto, a favor del "señor Ortueta y sus sucesores", lo cual plantea el problema de la transmisión de ese derecho y su inclusión o no en el patrimonio hereditario.

Simultáneamente a este problema juega otro que ya puso de relieve la Resolución de 7 de julio de 1949, al hablar del término al que deberían quedar sujetas las condiciones resolutorias y que es tratado por AMORÓS GUARDIOLA (Comentario a esta Resolución en "Rev. Cr. D. I.", enero-febrero, 1974, págs. 159 y ss.) sobre la base de un trabajo de Díez PICAZO ("El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase *conditio pendens*". Estudios de Derecho civil, homenaje al profesor Castán).

Creo, por tanto, interesante destacar aquí estos dos problemas que nos pueden llevar a ciertas consecuencias fértiles en orden a la posible cancelación de derechos y limitaciones que pesan, por arrastre de cargas, sobre las fincas registradas. Dividimos la materia en el aspecto temporal de la condición y la transmisión del derecho.

A) *Limitación temporal de la condición*

Como en la discusión previa al fallo del recurso se barajó en los escritos del recurrente y en el informe del Registrador la posibilidad o no de configurar el supuesto que plantea la cláusula discutida como un supuesto de condición resolutoria y como también en la misma Resolución se hace alusión a la existencia de una condición de esa clase, creo conveniente hacer aquí alusión al problema que plantea la Resolución de 7 de julio de 1949, en la cual la Dirección fijaba como requisito de validez de las condiciones de este tipo el que se fijase "término para cumplir la denominada condición", pues de lo contrario podría mantenerse indefinidamente con perjuicio del tráfico jurídico y de las normas limitativas de las prohibiciones perpetuas de enajenar o de las temporales que superen los límites marcados por la Ley.

Es curioso cómo este requisito exigido por la Dirección General va a plantear un serio problema diferenciador entre la condición y el término, pero la idea genérica que lo preside no puede ser más elogiable en aras de un tráfico jurídico no entorpecido por limitaciones de esta clase y en la posibilidad de aplicar a estas trabas el mecanismo liberador de cargas y gravámenes. De todos es sabido que el famoso expediente de liberación de cargas y gravámenes exige una fecha a partir de la cual puede comenzar a contarse una prescripción, cosa que en el caso de la condiciones resolutorias no sucede. Ello obliga, de una parte, a reducir el ámbito del expediente de liberación de gravámenes (artículos 209 y siguientes de la Ley Hipotecaria) a casos excepcionales, a considerarlo difícilmente aplicable a otros supuestos, a estimarlo costosísimo cuando de fincas de valor se trate por el monto de las tasas judiciales y a condenar la posibilidad de cancelación de esas limitaciones al procedimiento judicial ordinario, también costosísimo. La falta de fijación de un plazo impide asimilar el sistema de "limpieza" de cargas que la Ley Hipotecaria de

1944-46 estableció en su articulado y esencialmente en sus disposiciones transitorias, para hipotecas, menciones y anotaciones, a las condiciones resolutorias que, como antes vimos, pueden tener las mismas finalidades de aseguramiento que las hipotecas. Creo que en un sistema de *lege ferenda* convendría tener muy presente esta idea de liberación.

Fue DÍEZ PICAZO, en el trabajo antes citado, el que planteó el siguiente problema: "Supuesto que nos encontramos en presencia de una condición y ante una condición que sea lícita y válida y que deba producir dentro del negocio jurídico, en el cual ha sido insertada, toda su peculiar eficacia, ¿cuál es el tiempo en el cual dicha condición debe cumplirse? ¿Cuánto tiempo debe obligarse a los sujetos a esperar el incierto evento en que la condición consiste? Más claramente todavía: ¿es posible pensar que una condición se cumpla y que sus efectos se produzcan cincuenta, sesenta, setenta o más años después de haber sido celebrado el negocio? ¿Purifica de algún modo el paso del tiempo un negocio inicialmente condicional?".

Para el autor citado el problema puede resolverse a través de los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil, que prevén la doble posibilidad de que ocurra o no ocurra un suceso en un tiempo determinado y para aquellos casos en los que "no hubiere tiempo determinado" la condición deberá reputarse cumplida en el que "verosímilmente" se hubiere querido señalar. A este respecto el autor entiende, y es curioso que su idea pueda encajar en el supuesto de hecho planteado, que "En todos aquellos casos en que la condición crea un estado de incertidumbre respecto de la situación jurídica definitiva de determinados bienes, aunque no pueda hablarse en rigor de una verdadera prohibición de enajenar, porque una cosa es privar al titular de la facultad dispositiva y otra muy distinta condicionar el destino o la situación definitiva de unos bienes, cabe aplicar por vía de interpretación extensiva el límite establecido por los artículos 785, 2.º y 781 del Código civil, de suerte que la situación de incertidumbre no pueda ser en ningún caso perpetua y que una situación de incertidumbre temporal deba cumplir las exigencias del citado artículo 781". Para otros casos entiende el autor que es difícil admitir la vinculación por toda la vida de una persona (artículo 1.583 del Código civil) e incluso existen plazos más restringidos, como el de diez años (artículos 400, 1.508 y 1.843, 5.º del Código civil).

AMORÓS GUARDIOLA, en la cita antes hecha, también participa de estas ideas, admitiendo que el plazo de cumplimiento o incumplimiento de la condición habrá de ser expreso o tácito y, por supuesto, ser un plazo susceptible de determinación. ¿Cómo diferenciar entonces el plazo condicional del plazo que institucionalmente va vinculado al término?

La peligrosidad que la generalización de unas reglas especiales, como son las citadas de los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil (aplicables a las obligaciones condicionales positivas y negativas) a toda clase de obligaciones condicionales, puede ser salvada subiendo a la esencia que diferencia al término de la condición, es decir, en la certeza o incertidumbre que uno y otro plantea. Mientras la condición, el hecho de la realización es "futuro", "posible" e "incierto" en un tiempo prefijado o no

determinado, el plazo o término es también futuro, posible, pero "cierto", ya que el hecho siempre ha de llegar, ya que si se ignora si llegará o no es condición (artículo 1.125, 2.º del Código civil).

B) *Transmisión del Derecho*

En el informe del Registrador se descubre la problemática de si el derecho que se estipula en la cláusula cuestionada es o no transmisible, estimando el mismo que el derecho de reversión estipulado no es estrictamente personal, sino que forma parte del patrimonio de las vendedoras, por lo que sigue las vicisitudes que el mismo experimente. Esto se refiere al caso planteado por la anterior Resolución, pues en la presente ese derecho se establece no sólo en favor del vendedor, sino de sus sucesores.

Sería difícil pronunciarse en forma radical por una solución u otra de las extremas, esto es, estimar que el derecho es puramente personal de las personas que intervienen en el contrato y que, por tanto, únicamente a ellas les pertenece o, por el contrario, entender que ese derecho entra en la categoría de los transmisibles (artículo 1.112 del Código civil). En el caso de la Resolución anterior comentada es evidente que la interrogación es más decisiva, mientras que en el caso actual al concederse en favor del vendedor y sus sucesores la transmisión queda patentemente clara, aunque puede plantearse las dudas de quién son sucesores y de si esa sucesión puede prolongarse más allá de los límites, por ejemplo, de la sustitución fideicomisaria.

AMORÓS GUARDIOLA, en el comentario antes citado, mantiene la idea de que en el primer caso se trata de un derecho personalísimo que no encaja en el mecanismo traslativo de los demás derechos, alegando una serie de razones muy estimables. Entiendo que en esta construcción el carácter personalísimo falla si se compara la fórmula empleada en la Resolución que comentamos, en la que el pacto permite una transmisión a los sucesores. Por ello entiendo que es difícil de compatibilizar el carácter "personalísimo" de un derecho establecido en una cláusula y estimarlo "transmisible" en otra por la simple literalidad de su redacción.

Una cosa, creo, es admitir su transmisibilidad y otra limitarla a los cauces legales que señalan las sustituciones fideicomisarias y que podrían afectar no sólo al primer supuesto, sino al segundo, aunque en el segundo el hecho de señalar a los "sucesores" de una persona limita a éstos y no a los "sucesores de los sucesores" (salvo los derechos de premoriencia, acrecer, representación, etc.) el ejercicio de un derecho. Lo que sí es preciso afirmar en este segundo caso es que no estamos ante un derecho "personalísimo".

De prosperar la esencia que la doctrina jurisprudencial ofrece, podrían darse grandes avances en el campo de las cancelaciones de condiciones y otras limitaciones que la práctica registral recoge y que ponen serias dificultades a las horas decisivas de la obtención de créditos hipotecarios.

ANOTACIÓN PREVENTIVA.—NO PROCEDE EXTENDER UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA AL AMPARO DEL NÚMERO 6 DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA Y QUE HABRÍA DE TENER POR OBJETO GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL FALLO QUE RECAYESE EN UN PROCEDIMIENTO ENTABLADO ENTRE EL TITULAR REGISTRAL DE UN INMUEBLE Y SU SOCIO PARA LIQUIDAR LA SOCIEDAD PRIVADA EXISTENTE ENTRE ELLOS. (Resolución de 11 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de octubre.)

Hechos.—Resultando que promovida demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, por don Víctor de Felipe Martínez contra don Lucas Echeveste Gabaraín, éste formuló reconvencción, pronunciándose sentencia el 28 de junio de 1967, confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Pamplona con fecha 28 de septiembre de 1968 y por el Tribunal Supremo, en casación, el 27 de junio de 1969, en cuyo fallo se dice, en lo que interesa, lo siguiente: “Que dando lugar en parte a la reconvencción debo declarar y declaro la existencia de una sociedad privada entre don Víctor de Felipe Martínez y don Lucas Echeveste Garabaín, siendo el primero el socio capitalista y el segundo el socio industrial, para la compra y urbanización de la finca “Castell Arnau”, de Sabadell. Que asimismo declaro que la participación de don Lucas Echeveste Garabaín es del 25 por 100 de los beneficios líquidos, una vez deducidos el capital aportado por don Víctor para la compra de la finca y ejecución de las obras y el 6 por 100 de interés anual sobre dicho capital. Que debo declarar y declaro disuelta dicha sociedad al terminar la primera fase de las operaciones de urbanización y quedar suspendidas las obras hacia el año 1961, por las razones expuestas en el considerando respectivo, ordenando su liquidación que se practicará en ejecución de sentencia, haciendo pago a don Lucas Echeveste del haber social que resultase según la participación referida”; que firme y ejecutoria la sentencia, a petición de parte, el Juzgado de San Sebastián dictó, el 15 de diciembre de 1960, providencia acordando ordenar anotación preventiva sobre la inscripción de la finca afectada, en el Registro de la Propiedad de Sabadell, en cuanto a la parte del fallo referente a la reconvencción; que librado el oportuno mandamiento, el 2 de febrero de 1970 y presentado en el Registro, fue devuelto con nota denegatoria redactada en los siguientes términos: “No admitida la anotación preventiva interesada en el precedente mandamiento —acompañado de otro aclaratorio, fecha 3 de junio último— por los siguientes defectos: 1) Estar la finca inscrita a nombre de Víctor De Felipe Martínez, persona distinta de aquella contra quien se procede en autos y que precisamente es la parte demandante; 2) No expresarse con claridad la clase de anotación preventiva que se pretende, si bien parece que se trata de un embargo; y 3) En este último caso, no se expresa el importe del principal y accesorios del mismo. Estimando el primer defecto de carácter insubsanable, no procede la anotación preventiva de suspensión que tampoco ha sido solicitada por el presentante.—Sabadell, 3 de agosto de 1971”; y que, en vista de ello, a petición del recurrente, el Juez de Primera Instancia de San Sebastián dictó nueva providencia el 26 de enero de 1972, en cuyo

subsiguiente mandamiento para el Registro se puntualiza: 1.º Que si se ordena la anotación preventiva contra la finca inscrita a nombre de don Víctor de Felipe Martínez, que es el demandante en estos autos, es debido a que por el demandado don Lucas Echeveste Gabaraín se formuló reconvencción contra dicho don Víctor de Felipe Martínez, dando lugar a uno de los pronunciamientos de la sentencia estimando la reconvencción y condenando a don Víctor de Felipe Martínez, pronunciamiento que es el que motiva la presente anotación preventiva; 2.º que la anotación preventiva que se pretende es la del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, por la identidad de reglas entre la liquidación de sociedad y la participación de las herencias, establecida en el artículo 46 de la misma Ley Hipotecaria, puesto que la anotación se ordena practicar mediante providencia judicial obtenida por los trámites del artículo 57, con la circunstancia de mayor valor para nuestro caso de que el juicio verbal previsto en este último artículo ha sido un juicio declarativo de mayor cuantía; 3.º que por no tratarse de anotación por motivo de embargo, no procede hacer expresión del importe del principal y accesorio del mismo”.

Resultando que presentado este mandamiento el 21 de marzo, después el 7 de junio y luego el 22 de agosto de 1972, recayó sobre el mismo la siguiente nota: Denegada la anotación a que hace referencia el mandamiento que antecede, por observarse el defecto insubsanable de no encajar la misma en ninguno de los apartados del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y no determinarse concretamente el objeto de la reconvencción. Queda un ejemplar del mandamiento archivado bajo el número 98.—Sabadell, 19 de octubre de 1972.

Resultando que don Manuel Pérez Buendía, en la representación que ostentaba de don Lucas Echeveste Gabaraín, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: “Que cuando se pidió la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, no se opuso a la misma don Víctor de Felipe; que, en cambio, el Registrador de Sabadell rechazó el primer mandamiento alarmado por la venta masiva de terrenos de la finca “Castell Arnau”, realizada por don Víctor de Felipe, por lo que se solicitó del Juzgado requerir a dicho señor para que se abtuviese de enajenar; que apeló don Víctor y la Audiencia Territorial de Pamplona dictó auto el 21 de enero de 1972 en el que se manifestaba no haber tenido cumplimiento la anotación acordada con referencia a la liquidación de la sociedad particular existente entre los litigantes, “para la que no se ven impedimentos que la dificulten si toma la permanente iniciativa”; que siguiendo la línea anteriormente marcada, la misma Audiencia de Pamplona en Auto de 23 de septiembre de 1972 declara que “debe procederse a la ejecución de la sentencia en cuanto a la liquidación de la sociedad civil relativa a la finca “Castell Arnau” de Sabadell, a cuyo efecto habrá de citarse a las partes para la formación de inventario del patrimonio social existente al tiempo que la ejecutoria señala como de disolución de la referida sociedad y una vez formalizado el mismo habrá también de convocarse a la junta de socios a los efectos prevenidos por el artículo 1.068 de la Ley Rituaria en relación al 1.708 del Código civil, practicándose los demás trámites a que haya lugar

hasta liquidar la sociedad y hacer pago a don Lucas Echeveste del haber que como socio industrial le pertenece"; que es de destacar la actitud de la Sala de Pamplona ante esta anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que aunque no discutida en el recurso resuelto por Auto de 21 de enero, fue criticada sistemáticamente por la contraparte; que la Sala no se pronuncia en contra de la anotación, sino que la mantiene y si decreta la nueva medida aseguradora de prohibición de enajenar no es por vía de sustitución de algo que no procede, sino como refuerzo o complemento de lo que está resultando insuficiente que es la anotación antes referida, "que si bien fue acordada, no ha obtenido cumplimiento hasta la fecha"; y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 42-6 de la Ley Hipotecaria; 99 de Reglamento dictado para su ejecución; 406, 1.669 y 1.708 del Código civil y 359, 921, 924, 926, 1.030 y 1.097 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resultando que el Registrador informó: Que ante la perspectiva de tener que denegar la práctica de la anotación preventiva ordenada, solicitó el parecer de sus dos compañeros cotitulares de la oficina que actualmente funciona en régimen de división personal y ambos le manifestaron su conformidad con el criterio mantenido; que el problema planteado se reduce a determinar si es posible practicar una anotación preventiva no establecida en ninguna ley, por analogía con alguna de las previstas en el artículo 42, concretamente la de su apartado 6.º; que la respuesta debe ser negativa de conformidad con los términos del citado precepto legal, así como de la doctrina científica y jurisprudencial, señalando al efecto las Resoluciones de 13 y 14 de diciembre de 1960; que, en consecuencia, no puede admitirse la práctica de anotaciones preventivas por analogía, pues ello supondría quebrantar el sistema de *numerus clausus* establecido en esta materia por nuestro ordenamiento jurídico; que, por otra parte, no aprecia la analogía que encuentra el recurrente entre la anotación que pretende y la del Derecho hereditario previa a la partición de herencia, que según resulta de la exposición de motivos de la ley que la estableció, está pensada exclusivamente para el citado derecho, mientras que en el caso presente se trata de una sociedad privada en trámites de disolución; que el recurrente presenta juntamente con su escrito de interposición del recurso gubernativo, dos testimonios de autos de la Audiencia Territorial de Pamplona, en el primero de los cuales se decreta una prohibición de enajenar, pero este auto no fue recogido, ni siquiera mencionado, en el mandamiento judicial cuya anotación fue denegada, por lo que no pudo ser tenido en cuenta en la calificación correspondiente; que como reconoce el recurrente en su cita de fundamentos de derecho, el Registrador puede calificar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese tomado, precepto corroborado por abundante jurisprudencia que es ocioso reproducir; que el recurrente dice que presentó tres veces el documento calificado, a lo que contesta como aclaración que los dos primeros asientos de presentación fueron oportunamente cancelados por haber sido retirado dicho documento para subsanar defectos sin volverlo a presentar hasta después de transcurrido el tiempo de duración de los mencionados asientos; y que, en re-

sumen, de acuerdo con los precedentemente expuestos es imposible la práctica de la anotación que se pretende.

Resultando que el Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento informó: Que dados los argumentos del Registrador estima improcedente la anotación que fue ordenada en trámite de ejecución de sentencia al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada en este recurso consiste en resolver si puede practicarse al amparo del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria una anotación preventiva ordenada en un mandamiento judicial y que tendría por objeto garantizar en trámite de ejecución de sentencia, la efectividad del fallo que establece la liquidación de una sociedad privada entre el titular registral del inmueble y su socio.”

“Considerando que la pretendida anotación no aparece justificada en base al número 6 del referido artículo 42 de la Ley, ya que ésta se refiere a la constancia en el Registro del Derecho hereditario en abstracto, antes de realizarse la partición o adjudicación concreta de bienes, sin que quepa ampliar su contenido —por una razón de analogía, en este caso más que discutible— por la remisión que el artículo 1.708 del Código civil hace en la liquidación de la sociedad a las reglas de la partición de la herencia, pues aparte de que, como ya se ha indicado, la anotación de Derecho hereditario se refiere precisamente al supuesto en que no ha habido partición —y para evitar el confusionismo que se derivaba antes de la reforma de la Ley de 1944, es por lo que ésta transformó el sistema y ordenó que en vez de inscripción se practicase un asiento de anotación preventiva—, es lo cierto, además, que poco tiene que ver con este tipo de asiento el caso del socio industrial que acredita determinados derechos económicos frente a la sociedad para que pueda anotarse en el Registro la correspondiente declaración judicial que condena, que reconoce, la existencia de un crédito en forma indeterminada.”

“Considerando que tampoco cabe practicar la anotación sobre la base de otro de los apartados del artículo 42, dado que de una parte se expresa en el mandamiento que no se trata de la de embargo y que por este motivo se omite toda “referencia al importe del principal y accesorios”, y de otra sólo pueden practicarse aquellas anotaciones que concretamente se encuentran establecidas o tengan su fundamento en una disposición legal, como reiteradamente ha declarado este Centro Directivo.”

“Considerando que las fotocopias de los dos Autos de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, en los que se decretan unas prohibiciones de enajenar de los bienes del titular registral, y que podrían dar lugar a la práctica de la anotación preventiva del artículo 42, número 4, aparte de no ser documentos, tal como se han presentado, que reúnan los requisitos necesarios que la legislación hipotecaria exige para ser tenidos en cuenta en la calificación, por otro lado, su contenido no aparece recogido en el mandamiento discutido.”

“Considerando, por último, que el funcionario calificador actuó dentro

de los límites del principio de legalidad, ya que establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario que para los documentos judiciales está facultado a examinar la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado, y al no poderse anotar el mandamiento por todo lo anteriormente indicado, existe la incongruencia que el Auto Presidencial reconoce expresamente, y que obliga a mantener la nota denegatoria.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la Nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Vaya por delante en esta apreciación crítica la correcta y adecuada decisión de la Dirección General de los Registros al denegar una anotación preventiva que no encaja perfectamente en el artículo 42, 6.º de la Ley Hipotecaria. La Dirección sigue en este punto con su doctrina las decisiones que ya habían sostenido el Magistrado-Juez informante y el Presidente de la Audiencia, lo cual deja resuelto el problema de calificación que frente a todo documento judicial tiene el Registrador, y cuyas facultades no son tan estrechas como parece dar a entender el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

La cuestión planteada, dice la Dirección, es la de saber si puede o no practicarse al amparo del artículo 42, 6.º de la L. H. una anotación preventiva, ordenada en un mandamiento judicial, y que tendría por objeto garantizar en trámite de ejecución de sentencia la efectividad del fallo, que establece la liquidación de una sociedad privada entre el titular del inmueble y su socio.

Ante los hechos planteados por el supuesto que sirve de base a la Resolución se hace necesario dividir este comentario en dos partes: la primera que justifique la razón por la que no es viable la anotación solicitada y, la segunda, los posibles cauces que hubieran podido ser utilizados para asegurar los derechos del socio.

A) *Justificación de su imposibilidad*

El artículo 42, 6.º de la Ley Hipotecaria establece la posibilidad de pedir a “los herederos respecto de su derecho hereditario”, condicionando la misma a que entre ellos no se haya practicado la partición de bienes constitutivos de la masa hereditaria, pues se dice que procede “cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos”. Es de todos conocidos la distinción entre Derecho hereditario “in abstracto” y Derecho hereditario “in concreto”, cuyas fronteras precisamente están constituidas por el mecanismo de la partición. La comunidad no llega a nacer —en cuanto cotitularidad sobre una *activo relicto*— (dice LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, “Derecho de Sucesiones”, I, Barcelona 1971, pág. 201) cuando el causante ha asignado individualmente los bienes a los herederos agotando el as hereditario.

Sin desconocer la existencia de otras teorías que niegan la esencia misma del Derecho hereditario, lo cierto es que del mismo sólo puede hablarse en el período que va desde que se acepta la herencia hasta que la

partición se ha practicado. Es decir, mientras subsiste esa comunidad hereditaria en que cada coheredero no tiene un derecho concreto sobre ninguna cosa, sino simplemente un derecho en el patrimonio.

Si esto es así, y así lo aceptó la Dirección General de los Registros en las conocidas Resoluciones de 1923 y 1925, debidas a la inspiración de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, es preciso concluir que todo lo que son semejanzas, reglas paralelas, entre las normas hereditarias de partición y división de sociedades civiles— y de ahí su aplicación subsidiaria, conforme al artículo 1.708 del Código civil— son diferencias en el período anterior, en el cual subsiste la comunidad y no pueden entrar en juego aún las reglas de la división o partición. En esto —y debido a la imprecisa petición del recurrente y del solicitante— podría afirmarse aquella frase “antiplagio” que asevera: cualquier semejanza entre los hechos relatados y la realidad será mera coincidencia

Así lo vino a razonar la Dirección General en su segundo considerando al rechazar la analogía, discutible en este singular caso, aparte de entender que “la anotación de derecho hereditario se refiere precisamente al supuesto en que no ha habido partición —y para evitar el confusiónismo que se derivaba antes de la reforma de la Ley de 1944, es por lo que ésta transformó el sistema y ordenó que en vez de inscripción se practicara un asiento de anotación preventiva—” y rematar que el supuesto de la existencia de un crédito a favor de un socio industrial nada tiene que ver con la anotación de Derecho hereditario

Lo curioso del caso es que a la hora de un juicio lógico debe insistirse en los mismos argumentos, pero a la hora del aspecto práctico de la cuestión más hubiera valido aceptar la tesis del recurrente y forzar una analogía que vitalice esa especie de fantasma creada a través de la anotación de Derecho hereditario y que se intentó salvar a través de las normas reglamentarias del artículo 209

Los dos argumentos que utiliza el Registrador en su informe son los de la improcedencia de la “analogía”, pues ello supondría quebrantar el sistema del “*numerus clausus*” establecido en esta materia. Traigo aquí este argumento, pues creo que debe combatirse, ya que, de una parte, el proceso analógico nunca podría rechazarse sobre ese criterio, pues ello supondría una rigidez interpretativa del texto de la ley que cualquier intento evolutivo se vería truncado de plano. De otra parte, entiendo que el sistema es de “*numerus apertus*”, como lo demuestra el número 10 del mismo artículo 42 de la L. H., que exige tener reconocido el derecho en alguna norma y por tal debemos entender no sólo la Ley Hipotecaria, sino cualquier otra que lo establezca directa o por aplicación subsidiaria (artículo 45 Ley Hipotecaria a la disolución de sociedades civiles, por la remisión del 1.708 del Código civil, etc.). El segundo argumento es el de la imposibilidad de aplicación por no haberse hecho la partición que es el requisito de la existencia del Derecho hereditario. Cita con acierto dos Resoluciones de la Dirección General de 3 de diciembre y 14 de diciembre de 1960, en las que se rechazaban anotaciones pedidas en mandamientos judiciales por no ser titular la persona encausada o por falta de precisión y claridad en el mandamiento.

B) Posibles soluciones

Para garantizar los posibles derechos del socio industrial en esa disolución de sociedad privada (o en trámites de disolución) cabían, desde el punto de vista hipotecario, la petición de anotación preventiva de demanda en virtud de la reconvencción planteada, la de prohibición de disponer y la más genérica de embargo. Pero es curioso que ninguna de ellas tiene efectividad, quizá por la poca fortuna en la elección de número del artículo 42, aplicable o por la falta de formalización de las decisiones judiciales en el mandamiento que da lugar al recurso.

De los hechos resulta que sólo pudieron tener efectividad dos clases de anotaciones: la de prohibición de disponer y la de embargo de bienes. La primera quedó sin posibilidad al no recogerse en el mandamiento dos testimonios de autos de la Audiencia Territorial de Pamplona, en uno de los cuales se ordenaba la prohibición de disponer. La anotación preventiva de embargo se excluye expresamente en la nueva providencia que el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián dicta en enero de 1972, en la cual se dice que por "no tratarse de anotación por motivo de embargo, no procede hacer expresión del importe del principal y accesorio del mismo".

Cerradas esas dos puertas y no utilizadas en su día la de la demanda, quedaba solamente el agarradero legal del número 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que venía ajustado al caso: "el que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado". Pero el texto prometededor de este apartado queda desvirtuado por lo que dispone en plan aclaratorio por el artículo 141 del Reglamento Hipotecario: la anotación preventiva que se predica en ese número no es más que una de embargo, pues para que proceda en ejecución de sentencia se hace necesario que se mande embargar bienes inmuebles del condenado. Es lo mismo que viene a disponer el artículo 921 y siguientes de la LEC.

En un comentario que TIRSO CARRETERO ("Revista Crítica de Derecho inmobiliario", Enero-febrero, 1974, pág. 181) hace de esta Resolución cita la opinión de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE ("Comentario a la Legislación Hipotecaria", vol. V, pág. 376) el cual estima procedente dar una aplicación extensiva al artículo 42, 3.º de la Ley Hipotecaria cubriendo todos aquellos casos en los que la ejecución de sentencia requiere una actuación del condenado o del Juez en su nombre, que es indispensable para reflejar en el Registro los derechos reconocidos por ella. TIRSO CARRETERO, apoyando esta idea, dice que al amparo del artículo 926 de la LEC, la anotación de la sentencia sería una de las diligencias conducentes a fin de poner en posesión del inmueble al que ganó el pleito.

Sin entrar en la discusión de si la tesis es buena, aceptable o práctica, lo que sí conviene destacar es que esa solución viene ofrecida por el mismo Reglamento Hipotecario en un caso concreto de ejecución de sentencia protegida por una anotación de demanda. Nos estamos refiriendo al supuesto que claramente plantea el artículo 198, 2.º del Reglamento Hipotecario, al disponer: "Cuando los asientos posteriores hubieran sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de de-

manda, para cancelarlos será preciso que, en *ejecución de la sentencia* el demandante pida la cancelación de tales asientos y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los artículos 262 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dichos titulares no se opusieran a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieran constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme”.

LA RICA (“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”, 1948, tomo I, página 15) criticaba duramente este precepto reglamentario sobre la base de las consideraciones que FECED había hecho sobre el mismo. Decía este ilustre tratadista que “si la resolución ordena la cancelación del asiento contradictorio, no habrá inconveniente en cancelar la anotación. Y si la resolución dispone que no se cancele dicho asiento, es posible que el pleito haya resultado ineficaz, y que ya la anotación no sirva para nada, pues en el mejor de los casos lo que podrá hacer el actor es seguir un nuevo pleito contra el titular de ese asiento y pedir una nueva anotación de esta demanda”. La ejecución de sentencia, dice FECED, puede quedar sin efecto por la misma sentencia.

Lo que no quisieron ver ambos hipotecaristas es la garantía que en la “ejecución de sentencia” se ofrece al titular de la anotación preventiva de la demanda, la cual se entiende prorrogada hasta tanto se solucione el incidente respecto de la cancelación de los asientos posteriores. Es decir, esta prórroga de anotación preventiva de la demanda hasta la total ejecución de la sentencia es nada menos que la garantía de anotación que ofrece el número 3 del 42 de la Ley Hipotecaria para un supuesto determinado. Por supuesto, creo que también cabría la anotación preventiva de la demanda en la que se pidiera la ejecución de la sentencia, caso de que a la misma se opusieran reparos por el condenado a cumplirla.

Queda así planteado el problema en espera de que en una reforma reglamentaria se adecúe el artículo 141 del Reglamento a los diferentes supuestos que puede ofrecer la práctica en la ejecución de sentencias.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DIVISIÓN DE LOCALES COMERCIALES DE UN EDIFICIO CONSTITUIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL SIN QUE CONSTE EL CONSENTIMIENTO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS, QUE PODRÍAN RESULTAR PERJUDICADOS POR TAL DIVISIÓN. (Resolución de 22 de octubre de 1973, *Boletín Oficial del Estado* de 8 noviembre.)

Hechos.—Resultando que la entidad comercial Viviendas de Renta Limitada, S. A. —VIRELSA— promovió la construcción de 21 bloques de Viviendas de Protección Oficial en la llamada Ciudad de los Angeles, del término de Villaverde, hoy Madrid, que se constituyeron en régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública otorgada en Madrid el 17 de marzo de 1964 ante el Notario don Enrique Giménez-Arnau; que en reunión celebrada el 2 de septiembre de 1965, el Consejo de Adminis-

tración de VIRELSA acordó por unanimidad, con objeto de conseguir un mejor aprovechamiento, dividir los locales comerciales y sótanos de 21 bloques edificados, en cuatro nuevos locales, sin modificar la superficie total asignada a cada uno en el conjunto de cada bloque, ni el coeficiente de participación fijado en la escritura de parcelación horizontal; que expedida certificación del acuerdo se autorizó al Director Administrativo y Apoderado de la Empresa para comparecer ante el Notario y otorgar la correspondiente acta de protocolización; que el 9 de mayo de 1968 se autorizó por el Notario señor Giménez-Arnau el acta referida; y que, mediante escritura otorgada el 9 de mayo de 1968 ante el mismo fedatario, se procedió a la división material mencionada de sótanos y locales comerciales.

Resultando que presentado en el Registro copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción de la división material de los locales comerciales de los bloques 95 y 98 por el defecto insubsanable de aparecer inscritos a favor de ISABLO, S. A., persona distinta de Viviendas de Renta Limitada, S. A. —VIRELSA—, la que los vendió a aquella sociedad por escritura de 21 de febrero de 1967, y se inscribieron a favor de ISABLO, S. A., el 29 de mayo de 1967."

Denegada la inscripción de la división material de los restantes locales comerciales, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos diferentes pisos de cada uno de los diecinueve bloques a favor de personas distintas de VIRELSA, por lo cual, de conformidad con el artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, se precisó, además del consentimiento de VIRELSA, Sociedad propietaria de los diecinueve locales comerciales que se dividen, la aprobación de la Junta de Propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5.º de dicha Ley. El acuerdo de la Junta ha de ser adoptado por unanimidad, y con la concurrencia de todos los propietarios de cada bloque, según previene la norma primera del artículo 16, observándose lo prevenido en dicha norma para los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la Junta. Tal unanimidad la exigen también los artículos 3.º y 5.º de la referida Ley.

Aunque en los pisos vendidos por VIRELSA no hubiere una segunda transmisión y todos los titulares registrales de los mismos fueren adquirentes directos de VIRELSA y, por tanto, no sean terceros hipotecarios con respecto a esta Sociedad, lo que por innecesario no ha sido comprobado por el Registro, no pueden quedar perjudicados por el acuerdo de división material de los locales comerciales adoptado por el Consejo de Administración de VIRELSA, el 2 de septiembre de 1965, cuando esta sociedad era la única propietaria de todos los pisos y locales comerciales de los 21 bloques, por no haber sido otorgada ni inscrita en aquella fecha la escritura de división material de cada uno de los locales comerciales en cuatro, y, por el contrario, se protocolizó la certificación del acuerdo y se otorgó la división por Acta Notarial y escritura de división material de cada uno de los locales comerciales en cuatro, y, por el contrario,

se protocolizó la certificación del acuerdo y se otorgó la división por Acta Notarial y escritura de 9 de mayo de 1968, cuando ya habían sido inscritos a favor de otras personas diferentes pisos de cada uno de los bloques 92 al 112, para cuyos compradores, así como para los que inscribieron después del 9 de mayo de 1968, no existe más medio de publicidad que los asientos del Registro de la Propiedad, donde no constaba al ser inscrita la venta de los pisos, la división material en cuatro de cada uno de los locales comerciales de su respectivo bloque”.

Resultando que don Joaquín Méndez Prieto, en representación de Viviendas en Renta Limitada, S. A., interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que, a su juicio, la escritura de 9 de mayo de 1968 es correcta y constituye el único título inscribible, aunque necesite ser completada, a efectos del artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, con el documento que acredite la conformidad de los propietarios, tal y como se hace en la certificación unida y protocolizada que no tiene que ser documento público, según criterio de la doctrina más autorizada; que de no aceptar esta certificación, habría que exigir nuevo consentimiento a las Juntas de copropietarios, lo que a todas luces es impropcedente; que los actuales titulares inscritos de pisos en cualquiera de los bloques de que se trata no pueden ser considerados terceros ni supuestos perjudicados frente al acuerdo de 2 de septiembre de 1965, puesto que los documentos privados tienen el mismo valor que las escrituras públicas entre los que hubiesen suscrito y sus causahabientes y los actuales propietarios de los pisos que integran los bloques o viviendas son causahabientes de la Entidad constructora; que es indiscutible que la Junta de Copropietarios en el Régimen de Propiedad Horizontal representa a la propiedad titulada del inmueble dividido y sus acuerdos, legítimamente adoptados, vinculan a todos, de presente y de futuro; que sostener lo contrario equivale a dar pie para la comisión de todos los abusos y arbitrariedades por parte de cualquier propietario en perjuicio evidente de la Comunidad y de la convivencia; y que nada hay que oponer en cuanto a la denegación que se hace respecto a los locales de los bloques 95 y 98, siempre que los defectos se consideren subsanables por las razones alegadas.

Resultando que el Registrador informó: que no ha considerado título inscribible la certificación del acta de la reunión de 2 de septiembre de 1965 y que tampoco se la puede considerar como documento privado complementario; que el exigir nuevo consentimiento de la Junta de Propietarios de cada uno de los 21 bloques, no quiere decir que haya de ser simultáneo a la escritura de división material de 9 de mayo de 1968, sino que se puede prestar posteriormente ratificando lo hecho en dicha escritura; que no considera terceros hipotecarios a los actuales titulares inscritos de los pisos de los 21 bloques, pues precisamente en la nota se dice que aunque no hubiera una segunda transmisión y todos los titulares registrales de los pisos fuesen adquirentes directos de VIRELSA, no pueden quedar perjudicados por el acuerdo de división material adoptado el 2 de septiembre de 1965; que es evidente, y así lo reconoce el recurrente, que la Ley de 21 de julio de 1960 exige el consentimiento unánime

de todos los propietarios de pisos de cada uno de los 21 bloques para llevar a efecto la división material acordada; que nadie duda de la validez de los documentos señalados por el recurrente, pero al haber sido otorgada la escritura de división material casi tres años después del acuerdo de 1965, éste no puede perjudicar a quienes posteriormente al mismo adquirieron e inscribieron sus pisos sin que, ni en el Registro figurase ni en sus escritos conste el acuerdo de la división material de los locales comerciales de los respectivos inmuebles, por lo que no pudieron prestar su consentimiento al mismo; que ciertamente es lamentable, como indica el recurrente, que al amparo del rigor de la Ley, que exige la unanimidad de todos los dueños de cada casa para dividir materialmente un piso o local, se cometan abusos impidiendo modificaciones lógicas o sensatas que a nadie perjudican, puesto que no se altera la superficie ni el coeficiente, pero mientras no sea modificada la Ley, el Registrador ha de exigir su estricto cumplimiento; y que por lo que se refiere a los bloques 95 y 98, no sólo se requiere el consentimiento de ISABLO, S. A., que los adquirió e inscribió a su favor el 29 de mayo de 1967, sino también el de los diferentes titulares a quienes vendió varios pisos que los inscribieron a su nombre.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: que para situar adecuadamente el problema planteado hay que partir del análisis de la Ley de Propiedad Horizontal que ha sido ampliamente desbordada en la práctica por la evolución de las soluciones dadas al problema de la vivienda, que tiende a la desaparición del sistema de arrendamiento por un lado y por otro a la planificación de grandes urbanizaciones en que, a más de la comunidad única con calles, zonas verdes, instalaciones comunes al conjunto, etcétera, existen otras comunidades derivadas más limitadas, como bloques, etc., también con elemento comunes vinculados a las mismas; que el Registrador puede decir que cuando existe una norma legal, él tiene obligación de cumplirla, pero parece lógico que cuando se está ante un proceso agudo de evolución de situaciones sociales proceda de una interpretación espiritualista de las normas que, sin quebrantar de modo terminante la letra de la Ley, lleve a resolver los problemas en vez de a crearlos; que la Ley, sólo en su artículo 16, regla 1.^a, habla de unanimidad para la validez de los acuerdos "que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos, y si un local se divide en varios, sin que haya alteración de los elementos comunes ni cambio en la cuota de participación, no se alteran las reglas del título constitutivo ni se modifican los Estatutos, por lo que, a su entender, el principio de unanimidad no es aplicable al caso planteado; que confirma este criterio el artículo 8 referente a un supuesto especial no comprendido en el artículo 16 ni en el 5.º; que acaso pueda decirse que tal interpretación es espiritualista, pero semejante criterio resulta de varias recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado; que aun suponiendo que la argumentación expuesta careciera de base, es lo cierto que en el orden puramente civil se ha cumplido el principio de unanimidad, por lo que no ofrece duda que, civilmente, el acuerdo de la Compañía propietaria

tiene plena validez jurídica; que se dirá que el acuerdo de VIRELSA llegó al Registro mucho más tarde, cuando ya habían inscrito a su nombre terceras personas adquirentes de pisos, pero eso se debe a que se entendió no era menester registrar el citado acuerdo hasta que se vendieran los locales divididos; que la inscripción que se pretende no origina ningún asiento contradictorio, puesto que se refiere a unos locales que no están inscritos a nombre de terceras personas, sino que continúan registrados a favor de la constructora; que tampoco se produce alteración en la copropiedad sobre elementos comunes ni sobre la cuota de ningún local perteneciente a terceros; que por todo ello la intervención de los que podrían llamarse terceros civiles carece de toda *ratio legis* y de toda razón lógica; que los compradores de pisos, al realizar su adquisición, carecían de personalidad hipotecaria, ni tienen la condición de terceros del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y si pretendieran impugnar la división realizada, que no les afecta, estaríamos ante un caso claro de abuso de derecho; que si la división de los locales cuya inscripción se pretende no llega a realizarse se producirá inevitablemente una discordancia entre el Registro y la realidad, con perjuicio general y sin beneficios para nadie; y que la práctica del asiento que se pretende no origina ninguna clase de responsabilidad, ni reglamentaria ni civil, para el funcionario calificador.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, teniendo en cuenta razonamientos de todos los interesados en el recurso, declaró bien denegada la inscripción de la división material de los locales comerciales de los bloques 95 y 98, por el defecto insubsanable de aparecer inscritos a favor de ISABLO, S. A., confirmando parcialmente la nota del Registrador, pero no por el defecto insubsanable señalado, sino por el subsanable de la falta de aprobación de la división de locales mercantiles por la Junta de Propietarios del Inmueble y la fijación de cuotas de participación para los titulares de la propiedad de los locales divididos, para cuya aprobación no es necesaria la unanimidad de los copropietarios, sino del simple voto de la mayoría, de conformidad con el apartado segundo del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo, en consecuencia, tomarse anotación preventiva de los documentos presentados, a los efectos oportunos.

Resultando que, tanto el recurrente como el funcionario calificador, se alzaron de la decisión presidencial en lo que discrepaba de sus criterios, insistiendo en los razonamientos anteriormente expuestos.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de división material de locales de negocio acompañada de un acta notarial en la que se protocoliza una certificación del Consejo de Administración de la Sociedad, entonces propietaria única de la totalidad del edificio, que transcribe el acuerdo de consentir con arreglo al artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, el que se dividan los mencionados locales, cuando al presentarse ambos documentos en el Registro aparecen inscritos varios pisos del mismo inmueble a nombre de otros propietarios”.

“Considerando que la posibilidad de dividir los locales comerciales en otros más reducidos e independientes aparece regulada en el artículo 8 de la Ley que exige la aprobación de la Junta de Propietarios para que pueda tener lugar y sin que baste el solo consentimiento de los titulares afectados, pues tales actos no son totalmente ajenos a la colectividad, sino que, como subrayó la Comisión redactora del proyecto legal, las divisiones de locales, aparte “de que pueden significar alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales, alteran las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas contributivas a la colectividad.”

“Considerando que, de conformidad con lo antes expuesto, existe una armonía entre el requisito exigido en el mencionado artículo 8 de la Ley y lo establecido, entre otros, en los artículos 5-2.º, 7, 10, 14 y, sobre todo, el 15-1.º y 16, pues si no fuera necesario el consentimiento de la Junta de Propietarios para la división de locales, podría aumentarse a través de esta operación el número de aquéllos, con lo que resultaría alterado el quórum necesario para la convocatoria de Junta, para la validez de los acuerdos o el ejercicio de los correspondientes derechos, en perjuicio de los restantes copropietarios.”

“Considerando que en el caso concreto de este expediente, de la lectura del documento calificado aparece que la inscripción de las operaciones realizadas se fundamenta en el hecho de que la división material fue acordada por el entonces propietario único que, por tanto, al reunir el total dominio del inmueble podía autorizar tal división, pero dado que al presentar los documentos en el Registro resultan inscritos algunos o la totalidad de los pisos de los edificios a que pertenecen los locales divididos a nombre de terceras personas, surge un obstáculo derivado de los propios libros registrales que impiden pueda ser tenido en cuenta la certificación expedida por la Sociedad vendedora en fecha anterior a aquellas inscripciones, por las que como única propietaria de los inmuebles autorizaba la división de los locales, ya que en base a los principios hipotecarios de exactitud del Registro y prioridad no pueden desconocerse los derechos de las personas que inscribieron sus títulos con precedencia al de la Sociedad recurrente.”

“Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, confirmar en todos sus extremos la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Hay en la presente Resolución una aplicación lógica del artículo 8 de la LPH, sobre la base del juego del principio de publicidad del Registro de la Propiedad y la aparición de terceros que no pueden quedar perjudicados por decisiones a las que no han prestado su consentimiento.

Hay que entender que el artículo 8 de la LPH está pensado y redactado para cuando ya ha comenzado a regir el sistema de comunidades sobre los elementos comunes y existen dos o más propietarios titulares de sus respectivas partes indivisas. Esto es, cuando se ha dado el supuesto para el “funcionamiento” de la propiedad horizontal. Digo que debe entenderse así, pues de lo contrario no exigiría el consentimiento de una Junta General de Propietarios “inexistente” en la fase anterior.

En suma, el artículo 8 de la LPH contempla solamente un caso que puede acaecer con posterioridad y no con anterioridad a la existencia de una Junta General de Propietarios. La realidad demuestra que la declaración de obra nueva y la constitución en régimen de propiedad horizontal la suele realizar el constructor o la sociedad constructora, sin que los diferentes pisos de que se compone el inmueble figuren adjudicados a personas distintas del constructor, promotor o sociedad constructora. De ahí que en esa primera fase lo que el constructor o promotor haga no precisa de acuerdo de Junta General, ya que la plena titularidad de esos diferentes pisos están concentrados en una sola mano.

Entendido así dicho artículo 8, es claro que las posibles reservas que sobre este punto se hagan tanto en la escritura de constitución, como en los estatutos, no pueden tener fuerza vinculativa ni afectar a los posibles terceros registrales, ya que violan una facultad de la Junta General que debe entenderse "intocable".

En unos estatutos que recientemente han pasado por mis manos para su calificación he visto el siguiente artículo: "Los muros y los tabiques que separan las viviendas serán de la propiedad común de los condueños de las que sean colindantes, que podrán abrir en ellos huecos e incluso suprimirlos total o parcialmente si los afectados estuvieren de acuerdo".

El problema jurídico que la redacción de este artículo plantea es el de si la norma estatutaria puede prescindir y dejar sin efecto una facultad que legalmente se atribuye a la Junta de Propietarios por el artículo 8 LPH. Si la fuerza constitutiva y normativa de los estatutos fuera de esa índole, creo que podríamos llegar a la conclusión de que esa serie de facultades que la Ley atribuye a la Junta en el artículo 13 podríamos suprimirlas, burlarlas o ignorarlas sobre la base de un artículo estatutario en el que se disponga todo lo contrario.

Toda la doctrina (Escrivá de Romani, Fuentes Lojo, Ventura Traveset, etc.), parte de la base de que el supuesto que plantea el artículo 8 no está previsto en los estatutos, pues parece ser de la exclusiva atribución o competencia de la Junta. Cabría añadir a ese argumento de "competencia" el de que los tabiques que separan las viviendas tienen la consideración de paredes maestras o medianeras, mientras que las que separan habitaciones son simplemente de "panderete". Mientras los primeros son elementos comunes, de todos los propietarios, los segundos son de la exclusiva propiedad de cada dueño.

Debo reforzar este argumento con otro empleado por Pérez Pascual (E.) en su obra "El Derecho de Propiedad Horizontal", el cual viene con sus palabras a denunciar la torpeza jurídica de ese artículo estatutario de que hablamos: "Supongamos que admitamos las titularidades parciales sobre determinados elementos comunes, y que en el caso del tabique divisorio de que antes hablábamos, resultase que en principio pudiera afirmarse que el tabique pertenece a los dos propietarios de los pisos o departamentos colindantes. Pero sucede que en la intercesión con el techo o con el suelo, el tabique ya no pertenece sólo a los colindantes de que hablábamos, sino también a los propietarios de los pisos o departamentos situados encima o debajo de los otros. Ya tenemos en esta línea a seis propietarios. Según esto, como sólo ellos son los propietarios pue-

den quitar el tabique y el suelo para unos y techos para otros, para crear accesos entre los mismos. Con ello desaparece la delimitación física entre las propiedades privativas sin modificar el título de propiedad haciendo los pisos aptos para finalidades que de otra manera no tendrían, con repercusiones incluso en la utilización de otros elementos comunes no prevista al señalar las distintas cuotas de participación de tales elementos. Son muchos los objetos que podrían ponerse en esa situación y que demostrarían, si se admitiera pretensión, las incidencias sobre las propiedades de los restantes propietarios que pretendían tal afirmación. La afirmación a nuestro entender, de que todos los elementos comunes, sean cuales fueren, pertenecen en una sola conjunción de titularidad a todos los propietarios del edificio parece imperativa. Aunque sólo fuera por razones de orden público. De esta manera ningún elemento común puede ser modificado ni alterado si no es con el consentimiento de todos los titulares del edificio...”.

Las cosas así, volvamos a los hechos que dan pie al recurso. La sociedad, propietaria única de la totalidad del edificio, procede, con plena legitimación y capacidad, a dividir los locales comerciales en otros más reducidos e independientes. El acto realizado es plenamente válido e inscribible, pero cuando se pretende inscribir ya no resulta tan válido, ni tan inscribible. Posteriormente a ese acto realizado por la compañía constructora o titular del edificio se procedió a la venta de los pisos a diferentes personas que inscribieron su titularidad y dieron, con ello, paso a que entrase en funciones el requisito del consentimiento de la Junta de Propietarios que establece el artículo 8 de la LPH.

La prioridad es el principio registral que apoya este singular caso de alteración de locales de negocios que, válidamente celebrado, no puede ser inscrito por haberse retrasado en la petición de acceso registral. Prescindiendo aquí, pues no es del caso, si los adquirentes posteriores de los pisos tienen o no la condición de terceros, lo que sí es cierto es que por virtud del artículo 8 de la LPH su consentimiento es preciso para que esa alteración sea válida y pueda inscribirse en el momento en que se solicita.

La previsión notarial —cosa que aquí no sucedió— suele, en estos casos de alteraciones, prever la entrada en juego del artículo 8 de la LPH y en cada venta de pisos al comprador se le hace prestar consentimiento al acuerdo adoptado de modificación, lo cual viene a convertir dicha escritura de venta en una en la que al mismo tiempo que se celebra el negocio traslativo, se ratifica lo realizado con anterioridad. La falta de previsión en este caso provoca la cuestión que da lugar al recurso y que, por su simplicidad, no debió nunca llegar a formularse.

La Dirección General, aparte de los argumentos que se deducen de lo dicho, relaciona el artículo 8 de la LPH con otros de la misma Ley y que vienen a reforzar todo lo anteriormente dicho. Hay una armonía, dice la Dirección, entre el artículo citado y lo establecido en los artículos 5, 2.º (referente a la fijación de cuotas), 7 (referente a las modificaciones que cada propietario puede hacer en cada piso y en el resto del inmueble), 10 (relativo a las innovaciones, instalaciones, mejoras y servicios), 14 (delegación expresa en obras extraordinarias y de mejora), 15, 1.º (reu-

niones de Juntas) y 16 (criterios de unanimidad). De otra forma, podría aumentarse el número de propietarios, con lo que resultaría alterado el "quorum" necesario para la convocatoria de la Junta, en perjuicio de los restantes propietarios.

Aún, y a pesar de las alegaciones hechas por el Notario interviniente en la escritura que da base al recurso, entiendo que la solución es lógica, pues no puede descargarse en la actuación del funcionario calificador todo el gran peso de "una interpretación espiritualista de las normas" aun y a pesar de estar en "un proceso agudo de evolución" para llegar a "resolver problemas en vez de crearlos". Es curioso que este informe notarial desplaza —al estilo de las presunciones— la carga de las responsabilidades. Es fácil decir "sea usted espiritualista, cuando yo no lo he sido". En la labor de asesoramiento del funcionario público autorizante de la escritura debió comprenderse el caso que el recurso plantea: Si ustedes hacen esto, tengan en cuenta que si no lo inscriben inmediatamente puede suceder que aparezcan nuevos titulares y, si estos no prestan su consentimiento, el acto realizado será difícil que acceda al Registro. Entiendo que sobran esas frases de ese informe, pues con ellas se exigen actuaciones de "lege ferenda" a supuestos que no se han sabido prever en la "lege data".

La situación era tan clara, tan lógica y tan ajustada a la norma que solamente plácemes debe recibir la Dirección al haber confirmado la nota del Registrador. Es evidente que la legislación sobre propiedad horizontal tiene defectos, pero creo que es poco ético pensar que sea el funcionario calificador el que deba resolverlos, cuando la ley se lo impide. De todas formas ese desplazamiento de "soluciones" no hace más que reconocer que la "calificación" sigue siendo "techo" en ese proceso decantador de valideces jurídicas.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: DELEGACIÓN DE FACULTADES.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DELEGACIÓN DE FACULTADES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN OTORGADA CON POSTERIORIDAD A LA DE CONSTITUCIÓN SOCIAL Y CUANDO TODAVÍA ESTA ÚLTIMA, NO SE HABÍA INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (Resolución de 16 de junio de 1973. *Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Madrid por el Notario recurrente el 22 de mayo de 1972, se constituyó la Compañía Mercantil "Tecnileasing, S. A.", en la que consta que en la misma fecha se celebró Junta Universal nombrando el primer Consejo de Administración y la aceptación del cargo por los nombrados, escritura que fue presentada en el Registro Mercantil el día 1 de septiembre de 1972 e inscrita el 27 de octubre del mismo año; y que por otra escritura autorizada por el mismo fedatario el 27 de julio de 1972 se protocolizó y elevó a documento público un acuerdo adoptado el 16 de junio anterior por el Consejo de Administración con asistencia y voto favorable de la totalidad de los componentes del mismo, en virtud del cual se delegaban en de-

terminado consejero las facultades de ostentar la representación jurídica de la Sociedad y la mayor parte de las ordinarias de gestión.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de esta última escritura, fue calificada con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del presente documento por el defecto insubsanable de realizarse la delegación de facultades objeto del mismo en el Consejero del Consejo de Administración con anterioridad a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil y atribuirse en dicho documento facultades representativas de una Sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo y por ello no adquirido el rango de persona jurídica, criterio sustentado que se apoya en lo dispuesto en los artículos 6 en relación con el 9 de la Ley, estimándose que en ese tipo de Sociedad, los designados como administradores en la escritura social no adquieren legalmente dicho carácter ni quedan investidos de la función administrativa en sentido técnico-jurídico, hasta que la citada escritura quede inscrita en el Registro Mercantil. Realizada ya al presente la inscripción de la Sociedad, la aprobación por la misma de la delegación objeto del documento se considera suficiente para que la referida delegación sea inscrita en este Registro".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura —que formalizó por razones de urgencia la ratificación requerida por el Registro para la inscripción, que quedó hecha— interpuso, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la nota supone una inconsecuencia en el criterio del Registrador, puesto que en igual situación se encuentra el acuerdo de la Junta General Universal nombrando —en la misma escritura fundacional— los componentes del Consejo de Administración, ya que dicho acuerdo se tomó el 22 de mayo de 1972, fecha anterior a la presentación de la escritura constitucional en el Registro Mercantil, que tuvo lugar el 1 de septiembre, lo que no fue obstáculo para que se practicase en su día la inscripción correspondiente; que generalizando más se puede decir que todo acuerdo que venga a completar o coronar el proceso social con el nombramiento de Consejo, determinación de puestos rectores y delegación de facultades, tendrá sin excepción las características de haber sido adoptado, tomado o realizado, con anterioridad a la presentación de la escritura de constitución de la Sociedad, en el Registro Mercantil; que para adaptarse a las ideas sobre este particular contenidas en la nota, habría que actuar con extrema rapidez, presentando la escritura en el Registro el mismo día en que se toman los acuerdos, y si el tiempo se cuenta por minutos, siempre precederá el acuerdo a la inscripción registral; que en la práctica no sucede así, sino que basta para poder inscribir los acuerdos que se tomen, con que esté abierta la correspondiente hoja registral; que la nota recurrida tiene un concepto muy estricto y reducido de lo que, en buena terminología, se llama proceso constitutivo de una sociedad; que la fundación simultánea lo es si se establece comparación con el laborioso proceso de la fundación sucesiva, pero tal simultaneidad no quiere decir que sea instantánea, sino que puede realizarse con un breve esparcimiento temporal; que la nota carece también de fundamento legal y los preceptos alegados no condu-

cen al resultado pretendido; que según el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción dentro de los diez días siguientes a la fecha de aquélla, y sin embargo, si por ejemplo una sociedad se constituye en escritura de 1 de enero y el nombramiento de aceptación de cargos el mismo día o el siguiente, retrasándose la presentación en el Registro hasta el 15 de febrero por causa de la liquidación fiscal, resultará que el citado acuerdo está adoptado mes y medio antes de la presentación de la escritura en el Registro Mercantil; que el razonamiento vale lo mismo para el nombramiento de consejeros que para la designación de un Consejero-Delegado, puesto que no existe diferencia sustancial entre ambos supuestos, ni la nota pone su acento en este punto, sino que mantiene una tesis con carácter general; y que, finalmente, la nota trata de extraer consecuencias no derivadas, en buena interpretación de los artículos 6 y 9 por ella invocados, puesto que en toda interpretación hay que rechazar cualquier criterio que conduzca al absurdo, debiendo tenerse en cuenta el elemento lógico tanto como el sistemático.

Resultando que los cotitulares del Registro Mercantil acordaron mantener la calificación impugnada por los siguientes fundamentos: que en el proceso formativo de la Sociedad Anónima se distinguen claramente dos momentos diferenciados: el otorgamiento de la escritura social y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, fórmula que tiene su expresión legal en el artículo 6.º de la Ley cuando afirma que la sociedad anónima se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, añadiendo que desde ese momento la sociedad tendrá personalidad jurídica; que el empleo de las palabras "desde ese momento" elimina totalmente para los comentaristas las dificultades que había mostrado la exégesis de los artículos 116 y 119 del Código de comercio; que en orden a la calificación técnica de la sustancia jurídica existente a partir del otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el Registro, puede afirmarse que aun siendo evidente que el artículo 6.º atribuye a la inscripción carácter constitutivo, esto no puede llevar a la afirmación de que mientras tanto la escritura es como si no existiese, pues evidentemente sus efectos obligacionales entre los otorgantes son innegables (artículos 13, 26 y 27 de la Ley y Sentencias de 6 de febrero de 1964 y 31 de mayo de 1969); que hay que hacer constar que en el supuesto contemplado, los contratos que se celebren por la sociedad inter partes antes de su inscripción, sólo pueden ser aquellos que tengan por objeto el funcionamiento de la futura entidad (compra o amueblamiento de locales, adquisición de maquinaria, arrendamientos, transportes, contratación de servicios, etc.), habiendo sido asimilada por la doctrina tal actuación a la gestión de negocios en favor de un futuro certero y, en consecuencia, no quedando obligada la sociedad sino cuando de acuerdo con el artículo 7.º los acepte o ratifique; que aun cuando en principio parece que las operaciones de una sociedad anónima deben dar comienzo cuando su proceso constitutivo esté terminado por haberse inscrito la escritura en el Registro Mercantil, es práctica corriente consignar en las escrituras sociales que la sociedad dará comienzo a sus operaciones

en el día del otorgamiento de aquélla, produciéndose como consecuencia que la sustancia jurídica existente desde el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción registral adquiriera mayor densidad, pero sin que produzcan su plena eficacia hasta que la sociedad, una vez constituida con personalidad jurídica, con conocimiento de causa, se decida por la aceptación o repudio de los actos o contratos realizados en el intermedio; que analizando como cuestión previa la teoría del órgano aplicada a las sociedades anónimas, resulta eliminada la relación contractual, debiendo configurarse como un acto unilateral de atribución de poderes a un sujeto físico para que actúe en nombre de la persona jurídica de conformidad con lo que establezcan los estatutos sociales, sin perjuicio de que los consiguientes efectos no se produzcan hasta la aceptación del cargo; que una cosa es la relación interna de los órganos de gestión y otra sus facultades representativas de cara al exterior (artículos 72 y 76 en relación con el apartado h) del número 3 del artículo 11 de la Ley); que también es de tener en cuenta la distinción formulada por la doctrina entre el órgano y el portador de tal cualidad, a la que se puede encontrar base en nuestra legislación (artículos 15, letra c) y 71 de la Ley); que según la Ley, la gestión y representación de la sociedad corresponde al Consejo de Administración y tratándose en el presente caso de una delegación de facultades otorgadas por un Consejo nombrado en la escritura fundacional, pero realizada en documento posterior y sin que se hubiese presentado en el Registro la primera —por tanto antes de que a sociedad adquiriese el rango de persona jurídica—, se hace preciso abordar frontalmente la argumentación del recurrente, lo que pondrá de manifiesto la inconsistencia de la misma; que las afirmaciones del recurrente de otorgarse trato distinto a los acuerdos de la Junta y del Consejo de Administración cuando son adoptados en la escritura fundacional o en reunión posterior, pero antes de la presentación en el Registro de la escritura social, que por carecer de defectos se inscribió dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, carecen de fundamento, siendo lo que ocurre, que hasta que se inscribe la escritura en el Registro, el Consejo de Administración no adquiere legalmente tal carácter; que, en consecuencia, las personas designadas Administradores en la escritura social no tienen tal condición hasta que la escritura fundacional se inscribe en el Registro, consiguiendo desde esa fecha el rango de Consejeros provisionales, dado que su nombramiento ha de ser sometido a la aprobación de la primera Junta General, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley; que completando lo expuesto hay que afirmar que cuando por la escritura fundacional se establece que la sociedad dará comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura o en cualquier otra fecha anterior a la de su inscripción en el Registro, los contratos celebrados por delegación o representación del Consejo antes de la inscripción y referentes al tráfico de la empresa, quedan también sometidos a lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley, habiendo declarado en este sentido la Resolución de 27 de febrero de 1970, que tales contratos alcanzarán plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la sociedad los ratifica en tiempo hábil, con lo que pone de manifiesto la consideración de gestores que la Ley asigna a la personas que en nom-

bre de la sociedad contrataron con ella; que al establecer el artículo 6.º de la Ley que la sociedad anónima desde el momento de la inscripción tendrá personalidad jurídica, evidencia que a partir de tal fecha tendrá plena capacidad, tanto en la esfera interna como en la externa, pudiendo realizar en esta última toda clase de actos y negocios jurídicos; que así lo reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; que, en consecuencia, ha de concluirse de modo necesario que, no existiendo la sociedad como persona jurídica antes de su inscripción registral, los actos realizados en representación de la misma durante el período que se extiende desde el otorgamiento de la escritura social hasta su inscripción en el Registro Mercantil, en la esfera externa han de ser considerados jurídicamente inexistentes, que es lo que se ha hecho en el presente caso; que si el Registrador, en el ejercicio de su facultad calificadora, no hubiese cerrado con su nota denegatoria el acceso al Registro de la referida escritura, se habría habilitado al Consejo de una apariencia de título que le permitiría realizar una serie de operaciones jurídicas, con los incontables perjuicios que tal situación podría acarrear; que los motivos de índole económica invocados por el recurrente al referirse al atraso que con frecuencia se produce en la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, no puede ser tenido en cuenta en un enjuiciamiento técnico jurídico de la cuestión debatida, máxime cuando pueden ser paliados con la presentación en el Registro de la copia de la escritura, sin perjuicio de su retirada inmediata a efectos de la satisfacción del referido impuesto, con lo cual dispondrían de un plazo de sesenta días hábiles para otorgar los documentos que estimasen procedentes, los cuales serían inscribibles si la escritura de constitución lo fuere dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que incluso podría ser ampliado; que si con anterioridad a la fecha de inscripción de la escritura social en el Registro Mercantil, ni existe sujeto de derecho, ni órgano de la persona jurídica, ni, por consiguiente, posibilidad de actuar, se llega al resultado ineludible de considerar como defecto insubsanable el realizarse la delegación de facultades en un miembro del Consejo de Administración en fecha anterior a la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, atribuyéndole potestades representativas de una sociedad que al no hallarse inscrita tiene sin terminar su proceso constitutivo; que por lo expuesto, las referencias hechas en la nota a los preceptos legales que se cita, no puede considerarse en modo alguno extemporáneo, ni se trata de extraer de ellos consecuencias no derivadas de una buena interpretación de los mismos, como se dice en el escrito de interposición del recurso; que si en la nota se ha empleado la palabra "realizar", no ha sido por ignorar la existencia de otros términos de más frecuente uso, como otorgar o conferir, pero se ha preferido el vocablo utilizado por estimarlo más expresivo y de sentido más plástico, que nada arguye en pro de la tesis del recurrente la cita del artículo 62 de la Ley, porque, como ha quedado debidamente demostrado, los administradores y por tanto los miembros del Consejo de Administración nombrados en la escritura social, no adquieren legalmente tal carácter hasta que por la inscripción de la misma en el Registro la sociedad se configura como sujeto de Derecho, dado que anteriormente no existe posibilidad de aceptar

un cargo desprovisto del contenido legal que la Ley le asigna; que en el caso de tratarse de administradores nombrados con posterioridad a la inscripción en el Registro de la escritura fundacional, a los que parece referirse específicamente el precepto comentado, se trata de supuestos que caen fuera del área de las cuestiones planteadas en este recurso; que al establecer nuestro Código civil en su artículo 1.259 que los contratos celebrados en nombre de otros por quien no tenga su autorización o representación legal serán nulos a no ser que los ratifique la persona a cuyo nombre se otorguen, antes de ser revocados por la otra parte, ha de reconocerse que el citado precepto expresa con mayor o menor fortuna la esencia de la ratificación que después de algunas vacilaciones ha sido perfilada con sentido técnico por la jurisprudencia, de cuyas declaraciones se desprende la inexistencia del acto hasta que la ratificación no aporte el consentimiento de la persona en cuyo nombre se celebró el acto jurídico; que en el caso presente no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 7, que admite una aceptación tácita, debiendo hacerse constar que si la delegación de facultades ha de ser otorgada en escritura pública, la misma forma debe observarse en su ratificación; que por el Registro se ha seguido un criterio abierto en orden a la determinación del órgano social a quien corresponde otorgar la ratificación, por lo cual el Registrador se ha seguido un criterio abierto en orden a la determinación del órgano social a quien corresponde otorgar la ratificación, por lo cual el Registrador se limitó a consignar en la nota la exigencia de la aprobación por la sociedad.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si procede o no la inscripción de una escritura por la que el Consejo de Administración de una Sociedad delegaba sus facultades en uno de los Consejeros y que fue autorizada antes de la fecha en que se inscribió la de constitución de esa misma Sociedad en el Registro Mercantil.”

“Considerando que la documentada argumentación del funcionario calificador acerca del carácter constitutivo que tiene la inscripción de Sociedades en el Registro Mercantil no es puesta en tela de juicio por el recurrente, ya que el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, confirmado además por el 9, claramente lo establece e indica que hasta ese momento la Sociedad no tendrá personalidad jurídica, con la consecuencia de que los contratos concluidos en su nombre antes de la inscripción, de conformidad con el artículo 7, sólo serán válidos si la propia Sociedad los acepta dentro del plazo de tres meses a partir de aquella fecha mediante la oportuna ratificación.”

“Considerando que, ello no obstante, esta norma del artículo 7 que tiende a evitar que hasta tanto la Sociedad haya nacido se vea en el trance de asumir obligaciones que puedan ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se hace solidariamente responsables, no parece deba ser extendida a supuestos no comprendidos dentro de la prevención legal, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad, con señalamiento de las facultades que han de corresponder a uno de los Administradores, y en el que el lugar adecuado puede ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad, en la que los socios fundadores constituidos en

Junta Universal acuerdan ya los nombramientos y funciones que han de corresponder a los futuros Administradores, así como las restantes normas por las que la Sociedad puede gobernarse, y que forzosamente han de autorizarse antes de la inscripción, ya que ésta es —y no lo podía ser de otra manera— la pauta seguida en el mismo artículo 6 de la Ley, al señalar como primer escalón la escritura pública en la que se indique el régimen de la Sociedad y después la inscripción en el Registro Mercantil.”

“Considerando el hecho de que la delegación de facultades no se haya realizado en la misma escritura de constitución no es obstáculo para que verificada con posterioridad, y por idéntica razón pueda tener acceso al Registro una vez esté ya inscrita la escritura fundacional.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Esta Resolución, que plantea como problema fundamental la validez de unos actos realizados por el Consejo de Administración de una Sociedad “pendiente” de inscripción en el Registro Mercantil, dio lugar a cierto “consejillo” de la plantilla de comentadores de la “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, siendo uno de ellos el que me formulara y pidiera opinión. Las contestaciones “en directo” normalmente no suelen ser buenas, sobre todo cuando no se conoce a fondo el problema y las circunstancias que lo rodean, pero sí debo reconocer que entonces opiné, ante el presunto fantasma de la sociedad irregular, que la opinión que debería prevalecer era la sostenida por el criterio calificador.

Ahora me he leído a fondo la Resolución y sus hechos, así como los argumentos empleados por las dos partes contendientes —Notario y Registradores— y veo que puede haber resquicios en los que apoyarse para defender una postura no tan rígida y dura como la anterior. Hay un hecho, aunque no aparece muy claro en el resumen de los mismos, que me decidió a tomar otros rumbos: la escritura de nombramiento y delegación de facultades que se califica de insubsanable por haber sido realizada con anterioridad a la presentación de la escritura fundacional es rechazada cuando aún estaba pendiente el asiento de presentación de la escritura constitutiva de la Sociedad citada. Esto tiene que ser de esta forma por el juego de fechas que se relatan en los hechos y que sólo citan las fechas de presentación y despacho de la escritura constitucional y la del otorgamiento de la que se declara con defectos insubsanables. Ahí es donde puede estar la razón del fallo y la equidad de la solución.

Como quiera que en estos comentarios lo único que se pretende es, con espíritu crítico, ir confirmando o denegando las razones jurídicas del fallo, vamos a destacar las dos posiciones que se enfrentan en la lucha: las de los que estiman la imposibilidad de la inscripción y la de los que consideran viable la misma.

Antes de afrontar ambas posiciones sí creo que es conveniente precisar que la problemática se plantea no en el campo estrictamente formal de la presentación en el libro Diario, sino en el especulativo de la validez de un acto realizado cuando la Sociedad Anónima aún carece de personalidad jurídica. Es decir, lo que se discute es un problema de fondo que viene a estar vinculado con el de las “sociedades irregulares”.

A. Viabilidad de la inscripción

La argumentación para defender esta postura es partir de la base de que el acto de delegación de facultades es válido y, por tanto, inscribible. Las alegaciones que hace el Notario —en un recurso planteado única y exclusivamente a efectos doctrinales, pues se sometió a la decisión registral de la ratificación— son de varia índole, pero en ellas prevalece la argumentación apoyada en razones de sentido práctico basada en el desfase que supone el otorgamiento de escritura pública, el nombramiento de los componentes del Consejo de Administración y la delegación de facultades y la presentación de los documentos que así lo acrediten. Esto es, si estos actos se realizan antes de que la escritura constitutiva llegue al Registro parece haber una laguna en la que una sociedad inexistente jurídicamente procede a la realización de unos nombramientos que sólo pueden surtir efectos una vez se haya practicado la inscripción de la sociedad correspondiente. El Notario defiende que todo acuerdo que venga a completar o coronar el proceso social con el nombramiento del Consejo, determinación de puestos rectores y delegación de facultades, tendrá la característica de haber sido adoptado con anterioridad a la presentación de la escritura de constitución, lo cual parece inadmisibles.

La Dirección General, aun reconociendo que los artículos 6 y 9 de la Ley de Sociedades Anónimas dan como “momento” crucial la inscripción para entender existente la Sociedad, estima que el artículo 7 de la misma Ley, en el que se exige el requisito de la ratificación social, no parece debe ser extendido a supuestos no comprendidos dentro de la prevención legal, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un acto de regulación del régimen interno de la Sociedad y que el primer escalón de la fase constitutiva es la escritura, en la que se indica el régimen de la Sociedad, y después la inscripción en el Registro Mercantil.

Creo que la solución del caso debe residir en el encuadre que al hecho de la delegación debemos atribuir, o lo que es lo mismo, si tal delegación es o no encuadrable dentro de lo que podríamos llamar “acto fundacional”. De la redacción de los artículos que rigen la actual Sociedad Anónima se puede decir muy poco. No obstante, vemos que el artículo 11, 3, letra h) exige en la escritura constitucional “la designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes que en ellos se produzcan, indicando quién ostenta la representación de la sociedad”.

A ello hay que añadir que si los estatutos o un acto posterior de nombramiento y aceptación en Junta Universal designó los miembros del Consejo de Administración, la Ley, en su artículo 78, estima debidamente “constituido” el Consejo cuando concurren a la reunión el “quorum” que se establece, pudiendo, conforme al artículo 77, proceder a la designación de “comisión ejecutiva” y uno o más “Consejeros delegados”.

La problemática es difícil de solucionar desde ese punto de vista “fundacional”, aunque merecería la pena insistir en este punto y profundizar en ello. La existencia de una Sociedad, perfectamente constituida, exige o parece exigir que a falta de previsión estatutaria se convoque una Junta General para que en ella se nombren los Consejeros y se proceda, por ese

Consejo de Administración a la delegación de facultades, lo cual, en el orden práctico, retrasaría enormemente la actividad social que exigiría esperar al momento de la inscripción y posteriormente al otorgamiento de las escrituras pertinentes y su correspondiente liquidación e inscripción. La fase constitutiva de la Sociedad Anónima creo que debe configurarse como un supuesto de "nasciturus" o de concebido y no nacido, pues si bien la persona jurídica sólo adquiere esa condición desde que, con arreglo a derecho, hubiera quedado válidamente constituida (artículo 35, 1.º C. c.), así también el nacimiento del concebido determina su personalidad, aunque se presuma su nacimiento para todos los efectos que sean favorables (artículo 29 C. c.). Para mí es clave el artículo 627 del mismo Código civil, en el cual se estiman válidas las donaciones hechas a los concebidos y que son aceptadas por sus legítimos representantes como si se hubiera verificado ya su nacimiento. Esto es, para que un "concebido" no pierda una donación se finge por la ley que ha nacido y la representación legítima que le podría corresponder acepta por él la donación. En la Sociedad es más fácil: antes de nacer, el Consejo de Administración decide delegar sus facultades en una persona para que en su día pueda representar a una sociedad aún no nacida. Aquí no hay negocio jurídico de aceptación de liberalidades, sino fijación de representación para el caso de que surja la sociedad. En todo caso sería una representación condicionada, al estilo del artículo 1.259 del Código civil.

Más que razones de analogía, difíciles de encajar en el supuesto, creo que debe prevalecer el criterio de lógica jurídica, pues al fin y a la postre personas jurídicas y personas físicas están agrupadas en el Código civil en un Título II, capítulos I y II, bajo el epígrafe genérico del "nacimiento y la extinción de la personalidad civil".

B. *Imposibilidad de la inscripción*

Es la tesis que defienden a ultranza los Registradores calificadoros del documento. Su tesis podría resumirse en una idea central, simple, pero muy clara: si la Sociedad Anónima no existe, por la falta de inscripción, es imposible hablar de que exista Consejo de Administración y de que el mismo pueda delegar sus funciones.

Creo que uno de los argumentos contundentes de esta tesis es la idea de la personalidad jurídica que arrastra en su consecuencia la de la inexistencia del Consejo de Administración para ejercer ciertas actividades. No obstante, hay que tener muy en cuenta el artículo 72, 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el cual se dispone que el "nombramiento de los Administradores surtirá efectos desde el momento de su aceptación y deberá ser presentado a inscripción...". El problema es "cuándo debe ser presentado a inscripción", si antes de la constitución social (lo cual supondría un defecto subsanable mientras no se inscribiese la sociedad) o después de constituido el ente social, lo cual supondría la exigencia de una personalidad jurídica para el nombramiento de los órganos que han de regir la gestión y representación social.

La serie de interrogantes que el supuesto plantea no pueden inclinar balanzas en favor de una u otra solución, pero sí creo que el haberse encerrado el criterio calificador en una postura extremadamente doctrinal

en torno a la personalidad jurídica ("documentada argumentación del funcionario calificador", dice la Resolución) ha restado enormemente razones que avalen la solución contraria. En la ley había base para haber podido utilizar, aparte de los artículos 6, 7 y 9, otros muchos que permiten interpretaciones amplias por su redacción poco precisa.

TIRSO CARRETERO (Comentario a esta misma Resolución en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", noviembre-diciembre 1973, pág. 1.529) aporta un argumento bastante contundente que no supieron en su día utilizar los Registradores en su calificación y que de haberlo utilizado la Dirección hubiera tenido que retorcer mucho los argumentos para poder dar la razón al Notario recurrente a efectos "doctrinales". El citado autor hace alusión al artículo 95 del Reglamento del Registro Mercantil que impide la admisión de cualquier documento de los comprendidos en el artículo 86 del mismo (nombramiento y cese de administradores) sin que conste su inscripción en el Registro Mercantil. Es claro que en este caso la falta previa de su inscripción impedía la escritura de "delegación" de facultades.

Suele suceder en esta serie de recursos que la simplicidad de un argumento lógico solamente puede destruirse utilizando todos los medios que la técnica registral ofrece y más cuando el supuesto ofrece unas posibilidades "éticas" de solución sin llegar a esa frontera en la que la discusión y aportación de argumentos ha de encomendarse a un tercero para que sea el que decida en última instancia.

SOCIEDAD ANÓNIMA: REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL Y MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.—NO ES INSCRIBIBLE EN UNA ESCRITURA DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS LA CONTRADICCIÓN ENTRE DOS DE SUS PRECEPTOS, SOBRE ASISTENCIA Y VOTACIÓN EN LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD. (Resolución de 13 de octubre de 1973. Boletín Oficial del Estado de 6 de noviembre.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada en Burgos ante el Notario don José María Mur, el 24 de diciembre de 1964, se constituyó la Compañía Mercantil "Sociedad de Comercialización de Productos Agrícolas Ganaderos y Forestales, S. A.", que se inscribió en el Registro; que su capital social fue de 75.000.000 de pesetas, representado por 15.000 acciones ordinarias de 5.000 pesetas nominales cada una, que fueron suscritas por los accionistas y enteramente desembolsadas; que por otra escritura autorizada por el mismo Notario el 2 de octubre de 1969 se amplió el capital social modificándose, en consecuencia, el artículo 5.º, de los Estatutos; que inscrita esta escritura en el Registro, el texto entonces vigente de los artículos 5.º, 12 y 23 de los Estatutos, era el siguiente: "Artículo 5.º: Capital social.—El capital social se fija en ciento cincuenta millones de pesetas, representado por treinta mil acciones ordinarias de cinco mil pesetas nominales cada una, que confieren a sus titulares la condición de socio y le da derecho a la parte proporcional del capital social y de las ganancias que la Sociedad obtenga, así como del Patrimonio resultante en caso de liquidación. Estas acciones serán nominativas y sus títulos estarán nume-

rados correlativamente del uno al treinta mil, firmadas por el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración, quienes firmarán también las matrices del libro-talonario del que aquéllas han de desprenderse." "Artículo 12: Los accionistas que ostenten participación superior a cincuenta mil pesetas desembolsadas, tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad y a elegir y ser elegidos para el desempeño de cualquiera de los cargos del Consejo de Administración o Junta. Quienes no reúnan la cifra de capital antes fijada podrán agruparse a los fines antes citados." "Artículo 23: Cada diez acciones da derecho a un voto y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos. Mas cuando se trate de algunos de los asuntos enumerados en el segundo párrafo del artículo anterior, la válida adopción del acuerdo requerirá el "quorum" de dos tercios de los votos presentes o representados en la Junta"; y que en cumplimiento de acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria de la citada Sociedad, celebrada en segunda convocatoria el 30 de agosto de 1972, se otorgó escritura el 29 de diciembre del mismo año ante el Notario de Burgos don Germán Cabrero Gallego, en la que, como consecuencia de pérdidas, se redujo el capital social en 147.000.000 de pesetas, fijándolo en tres millones, mediante la disminución del valor nominal de cada una de las treinta mil acciones en cuatro mil novecientas pesetas, quedando en su consecuencia el nominal de cada acción en cien pesetas, modificándose el texto de los artículos 5.º, 12 y 23 de los Estatutos, que quedaron con la siguiente redacción: "Artículo 5.º: El capital social se fija en tres millones de pesetas, representado por treinta mil acciones ordinarias de cien pesetas nominales cada una completamente desembolsadas. Las acciones serán al portador y los títulos estarán numerados correlativamente siendo firmados por el Presidente y el Secretario del Consejo de Administración, quienes firmarán también las matrices del libro talonario del que aquéllos han de desprenderse". "Artículo 12: Tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad los accionistas tenedores de diez o más acciones de la Sociedad, cualquiera que fuese el nominal de las mismas; quienes no reúnan el número de acciones antes citado podrán agruparse a los fines expresados". "Artículo 23: Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos correspondiendo un voto por cada 50.000 pesetas nominales".

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con Nota del tenor literal siguiente: "Presentado este documento en unión de testimonio de los anuncios indicados para convocatoria de la Junta General, expedido el día ocho del corriente mes por el mismo Notario autorizante de esta escritura, se deniega su inscripción por existir contradicción en cuanto al derecho de voto en la nueva redacción dada a los artículos 12 y 23 de los Estatutos; de ello resulta no constar exactitud el número mínimo de acciones que es necesario poseer para tener derecho a votar en las Juntas Generales, como para estos casos exige el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas. El defecto se estima insubsanable".

Resultando que don Antonio de Santiago Díaz Güenes, en representación de la citada Sociedad, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que realmente

no existe contradicción entre los artículos 12 y 23 de los Estatutos, sino que más bien se complementan al regular el ejercicio de dos diferentes derechos del accionista, cuales son el de asistencia a las Juntas y el voto en las mismas, siendo claro que quien carece del primero carece del derecho de votar; que según el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, cada acción por sí sola concede a su legítimo tenedor una serie de derechos mínimos y necesarios de carácter abstracto, entre ellos el de votar en las Juntas Generales "cuando se posean el número de acciones que los Estatutos exigen para el ejercicio de este derecho"; que, por tanto, si bien la acción no puede ser privada del derecho de voto que lleva inherente, sí pueden los Estatutos limitar el ejercicio de dicho derecho exigiendo un mínimo de acciones para poder votar; que haciendo uso de tal facultad, la nueva redacción del artículo 23 estatutario establece que corresponde un voto a cada cincuenta mil pesetas nominales; que puesto que la Ley no distingue, da igual establecer la señalada limitación en relación al número de acciones poseídas o a un nominal mínimo de dichos títulos; que es antecedente necesario del derecho al voto el de la asistencia a las Juntas, que puede revestir dos modalidades: asistencia con voz y voto y asistencia con voz pero sin voto, frecuente en los Administradores que no son accionistas; que la asistencia con voz y voto es la que corresponde a todos los accionistas, pero puede ser limitada en su ejercicio al poder exigirse por los Estatutos un mínimo de acciones para poder emitirlo, como reconoce el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas; que haciendo uso de dicha facultad, el artículo 12 de los Estatutos dispuso en su actual redacción que "tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad los accionistas tenedores de diez o más acciones de la Sociedad, cualquiera que fuese el nominal de las mismas..."; que de lo expuesto resulta claro que no hay contradicción alguna entre ambos preceptos, pues mientras el artículo 12 exige un mínimo de diez acciones para poder asistir a las Juntas, el 23 establece la cantidad de cincuenta mil pesetas nominales para tener derecho a voto; que la citada dualidad de limitaciones al derecho de asistencia y de voto es perfectamente válida, puesto que lo permite la vigente Ley de Sociedades Anónimas en sus artículos 38 y 39; que no existe inexactitud en el número de acciones que es necesario poseer para tener derecho al voto, al estar determinado el valor nominal de cada acción, en función del cual puede deducirse el número de títulos precisos para componer el importe señalado; que si hay ahora contradicción, igual existiría antes, pues lo mismo da referirse a acciones por un determinado valor o a un valor sabiendo el que cada acción representa; que la modificación de Estatutos en este punto vino impuesta por la reducción del capital social y la nueva valoración de las acciones en cien pesetas, lo que exigiría la posesión de quinientas acciones para poder asistir a las Juntas, siendo así que la mayoría de los accionistas no eran propietarios de tal cantidad; que con la actual redacción todo accionista que antes tenía derecho a asistir a las Juntas lo conserva ahora con la sola diferencia de que deberá agruparse con otros si no alcanza por sí solo el mínimo de 50.000 peseta exigido para poder votar; y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que del texto de los artículos 38 y 39 de la Ley de Sociedades Anónimas resulta incuestionable que para que la limitación del derecho de voto surta efecto debe constar en los Estatutos el número de títulos que el accionista debe poseer para poder ejercitarlo personalmente en las Juntas Generales, sin que haya inconveniente en que en vez de expresar el número de acciones se haga constar el mínimo de capital social que se precisa poseer, fórmula quizá más apropiada para Sociedades con acciones de distinto valor nominal según las series de las mismas; que las limitaciones a los derechos de asistencia y voto que permiten las Disposiciones legales es normal establecerla como se ha hecho en el presente caso; que la contradicción existe al decir el artículo 12 de los Estatutos que “tienen derecho a asistir con voz y voto a las Juntas Generales de la Sociedad, los tenedores de diez o más acciones cualquiera que fuere el nominal de las mismas” y el 23 que se tendrá “un derecho de voto por cada 50.000 pesetas nominales”, es decir, que según el artículo 12 se tiene derecho de asistencia y voto con diez acciones, o sea, mil pesetas nominales de capital, y según el artículo 23 con 50.000; y que la anterior contradicción no puede armonizarse con la documentación presentada, por lo que para rectificar el defecto señalado se precisa un nuevo acuerdo de la Junta General de la Sociedad y otorgamiento de la correspondiente escritura.

Doctrina.—“Considerando que reconocido por el Registrador, aunque con cierta reserva inoperante, que para dar cumplimiento a los artículos 38 y 39 y establecer estatutariamente limitaciones al artículo 23 de los Estatutos, no hay inconveniente en que, en vez de expresar el número de acciones que el accionista debe poseer para poder ejercitar su derecho en las Junta Generales, pueda esto hacerse a través del número de capital social que se precise poseer, sin embargo, queda en pie no una cuestión doctrinal, sino la contradicción textual entre los artículos 12 y 23 de los Estatutos en su nueva redacción, cuya simple lectura lo evidencia, toda vez que el primero asegura el derecho de “asistencia y voto” con un mínimo de diez acciones, o sea, mil pesetas nominales de capital, mientras que el segundo declara que se tendrá “un derecho de voto por cada 50.000 pesetas nominales.”

“Considerando, no obstante, que si es cierta la contradicción incurrida en la redacción castellana de los artículos estatutarios indicados, también resulta evidente, por su mero contexto, que en el primero se quiere establecer el requisito para la mera asistencia a las Juntas, sobrando, por tanto, la referencia al voto, en tanto que en el segundo se establece específicamente el requisito para la emisión de voto, más exigente que el anterior, pero no incompatible con él.”

“Considerando que si el funcionario calificador así lo entendiera—cuestión en la que este Centro no puede entrar, por ser el Registrador soberano en su criterio—, podría inscribir los Estatutos al conformar su lectura con la voluntad real que los acordó, y sin necesidad de someterse a la decisión de una nueva Junta General.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y nota del Registrador Mercantil.”

Consideraciones críticas

La Dirección General, en esa alta función de solucionar el problema jurídico que ante la misma se plantea, suele tener el suficiente humor —compatible, por supuesto, con la seriedad de sus decisiones— para comprender paternalmente la posible terquedad de un funcionario y salvar la situación con impecable estilo. Creo que este es un de esos casos en los que la problemática queda reducida a una interpretación “gramatical” de una palabras indebidamente empleadas.

El Reglamento Notarial, en su artículo 148 establece como norma de “conducta” al Notario autorizante que “Los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español, empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuro ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”. Cada vez que releo este artículo se me viene a la memoria aquella publicación del Ministerio del Ejército —Dirección General de Enseñanza Militar— sobre “Algunas normas de Comportamiento para Caballeros Cadetes” en las que se hablaba del paso marcial, la prontitud y el orden y se decían cosas como éstas: “Entre militares, el saludo de confianza no existe, ni siquiera con los amigos. El no responder a un saludo es prueba evidente de no haberlo merecido. Al entrar en un lugar cerrado debe descubrirse. Los guantes se pueden tener puestos o en la mano. Cuando es permitido fumar, si otros no han empezado y se está con señoras, superiores u otras personas de respeto, pedirles permiso. Hablando con inferiores, especialmente en público, es buena regla dispensarles de permanecer firmes...”.

Bien. El Notario autorizante de la escritura que da lugar al recurso planteado no se debió dar cuenta que estaba en tierras del Cid y que allí el castellano, además de ser lengua, es estilo, pureza, precisión, orgullo y distinción y al autorizar la escritura de reducción de capital social se le escapó la palabra “voto” en el artículo 12 de los estatutos, dando lugar a que no quedase bien cumplido aquel artículo 148 del Reglamento Notarial que exige la redacción documental: “sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos”. Ello dio lugar a que el funcionario calificador descubriera una “contradicción”.

El artículo 5 del actual vigente Reglamento del Registro Mercantil únicamente —a diferencia del Notarial— precisa el ámbito en que ha de moverse la función calificadora, sin que se den normas o reglas para su ejercicio, pero es inevitable que dentro de esa labor ejerza la función “interpretativa” que a todo jurista obliga el enfrentamiento con un problema de Derecho. Dentro de los elementos que lleva consigo la labor de interpretación está el gramatical, desde que SAVIGNY así lo vino a pregonar. De ahí que a dicho funcionario le causase tremenda impresión el que en el artículo 12 de los estatutos se dijese que el derecho de “asistencia” a las Juntas con “voz y voto” lo ostentaban los accionistas con determinado número de acciones y luego en el artículo 23 se precisase que por las pesetas nominales que se señalan sólo corresponde un voto.

Y alegó: se han incumplido los artículos 38 y 39 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

La Dirección General, comprendiendo razones de lenguaje, estima la posibilidad de esa contradicción, pero destruye toda la argumentación del funcionario calificador dándole una posibilidad: si el funcionario calificador así lo entendiera, cuestión en la que este Centro no puede entrar, por ser el Registrador soberano en su criterio, podría inscribir los Estatutos al conformar su lectura con la voluntad real que los acordó... No se puede decir con más elegancia, con más finura, con mejor castellano, que la gramática está la mayor parte de las veces muy por debajo de la intención finalista de la voluntad contractual. Es decir, nunca debe olvidarse el artículo 1.281 del Código civil.

Llegados a este punto se hace necesario destacar la gran razón que asiste a la Dirección General al decir en que para dar cumplimiento a los artículos 38 y 39 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas "no hay inconveniente en que en vez de expresar el número de acciones que el accionista debe poseer para poder ejercitar su derecho en las Juntas Generales, pueda hacerse a través del número de capital social que se precise poseer". La cuestión es muy semejante a ese atormentador artículo de la Ley Hipotecaria, aclarado posteriormente por el Reglamento, en el cual se dice que: "En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años" (artículo 114 L. H.), añadiendo el Reglamento: "Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades".

Pero, aún así, queda la cuestión de la "contradicción" entre el artículo 12 y el 23 de los Estatutos. En el uno se habla de asistencia con "voz y voto" y en el otro se regula sólo el ejercicio del "voto". ¿Es esto posible? La Dirección es clara en este punto: reconoce la posible contradicción, pero la salva estimando que en el primero de los artículos se quiere establecer únicamente "el requisito para la mera asistencia a las Juntas", mientras que en el segundo se establece específicamente "el requisito para la emisión del voto".

Por encima del posible criterio justo que la decisión lleve consigo, creo que la razón es de tipo práctico, pues claramente se ve que en la redacción de la escritura de reducción de capital social se hizo un "trasvase" de artículos con el error de incluir en el 12 la palabra "voto". Sin necesidad de remontarnos a la conocida contradicción entre los artículos 759 y 799 del Código civil, recordemos la polémica doctrinal planteada por una redacción poco cuidada del artículo 841 del Código civil (Ley de 24 de abril de 1958), las que ofrecen las consecuencias de la adopción plena en el campo fiscal y registral y las que ha de plantear la nueva versión de los artículos 59 y 63 del Código civil en su nueva redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975. En todos estos casos la doctrina ha tratado de "salvar la norma". Aquí, entiendo, debe aplicarse el criterio interpretativo de salvar a toda costa el acto jurídico, siempre y cuando haya una posibilidad jurídica.

Parte de la doctrina ha estimado que en este caso entra en juego el artículo 44 del Reglamento del Registro Mercantil en cuanto dispone que

el Registrador deberá apreciar “la no expresión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias” que debe contener la inscripción y relacionando dicho artículo con el 102 i) del mismo Reglamento resulta que en la inscripción hay que hacer constar “la forma de constituir la Junta General y la forma de tomar acuerdos”, cosas que aun refiriéndose de una forma indirecta al derecho de “asistencia” y al de la “emisión del voto” quedan plenamente aclaradas con los artículos estatutarios citados. La constitución de las Juntas, a mi entender, sólo exige registralmente la determinación del “quorum” de socios y representación de capital, mientras que la forma de tomar acuerdos está claramente determinada por el artículo 48, con la especialidad del 85, de la misma Ley. Por tanto, entiendo que el traer a colación estos artículos entorpece la interpretación de los discutidos artículos estatutarios.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de JOSE BARBA DE VEGA, GABRIEL GARCIA CANTERO, ANGEL LUCINI CASALES, JOSE POVEDA DIAZ y RICARDO RUIZ SERRA-MALERA.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. RENUNCIA DE DERECHOS: NECESIDAD DE QUE LA VOLUNTAD SEA CLARA Y TERMINANTE: *Según reiterada doctrina del T. S., contenida, entre otras, en la SS. de 17 de noviembre de 1931, 13 de junio de 1942, 20 de diciembre de 1960, 4 de octubre de 1962, 30 de enero de 1963, 13 de febrero de 1965 y 10 de octubre de 1969, la renuncia de los derechos permitida por el apartado 2.º del art. 4 del C. c., ha de ser precisa, clara y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actos de dudosa significación, no teniendo requisitos propios distintos de los que corresponden en cada caso en relación con la naturaleza del acto que se realiza y la materia sobre que recaiga, estando, sin duda, admitida tanto la forma expresa como la tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta, es decir, de un hecho concluyente, la voluntad de renunciar.*

ACTOS PROPIOS: INEXISTENCIA: *No tienen el carácter de actos propios los actos que no son de unívoca condición, ni tienen por objeto crear, modificar o extinguir alguna relación obligacional sobre los hechos controvertidos, sino de simple condescendencia sin alcance obligatorio alguno. (Sentencia de 23 de enero de 1974; no ha lugar.)*

2. MANDATO: RENUNCIA A LA RENDICIÓN DE CUENTAS; VALOR QUE TIENE EL SILENCIO DEL MANDANTE: DIFERENCIA ENTRE RENDICIÓN PERIÓDICA Y FINAL: *Aunque puede renunciarse tácitamente a la justificación de las cuentas, tal renuncia ha de dimanar de hechos que impliquen necesariamente la voluntad de relevar al administrador de tal obligación... Del silencio del mandante en el transcurso del tiempo que duró la administración (en el presente caso durante diecisiete años) respecto a la rendición de cuentas, quizá podría deducirse una voluntad contraria de las mismas en orden a las cuentas periódicas correspondientes a los ciclos de tiempo de la vigencia de aquélla, pero no en lo que se refiere a la rendición y justificación de las cuentas al final de la gestión del administrador. (S. de 27 de diciembre de 1973; no ha lugar.)*

3. ERROR EN EL CONTRATO: *El hecho de que un cuadro que vale veinticinco mil pesetas se compre por cuatrocientas mil, no es por sí suficiente para apreciar en el contrato error sustancial y declarar la nulidad del mismo. Y ello es así por las siguientes razones: a) En el documento de*

compra no se hace referencia a autor alguno del cuadro, no siendo lícito al juzgador construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración; b) No es racional presumir el error si el comprador es un anticuario, es decir, una persona que hace profesión del conocimiento de cosas antiguas; c) La equivocación que pueda cometerse en los cálculos de un negocio, no implica en ningún aspecto error en el consentimiento, base de la anulabilidad; y d) El reconocimiento de error esencial es de carácter excepcional y restrictivo, en aras de la seguridad del tráfico. (S. 28 febrero 1974; ha lugar.)

4. ACCIÓN PAULIANA: PRESUNCIÓN DE FRAUDE: *La presunción de fraude que establece el art. 1.297 del C. c. desaparece cuando se acredita que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas.*

ENAJENACIÓN DE BIENES EMBARGADOS PARA EVITAR SU DEPRECIACIÓN: *Embargados unos semovientes a resultas de que pueda declararse en su día una responsabilidad civil derivada de un proceso criminal, pueden enajenarse bienes al amparo de lo que autorizan los arts. 602 y 603 de la L.E.Cr., previa autorización del juez, en evitación de su pérdida o depreciación, supuesto análogo al del art. 1.351 de la L.E.C. en concordancia con el 1.055 del C. de C. de 1829, que faculta al depositario de los bienes de la quiebra para que, previa autorización del comisario, pueda enajenar los bienes, en evitación de su pérdida o depreciación.*

TERCERÍA DE DOMINIO Y SUBROGACIÓN REAL: *Al declararse propiedad del tercerista los bienes embargados que fueron válidamente enajenados para evitar su depreciación, el precio obtenido por la venta viene a sustituir a aquellos bienes, pues de lo contrario se produciría la ineficacia de la tercería (S. 29 diciembre 1973; no ha lugar.)*

5. "CAUSAS" DEL CONTRATO. CAUSA Y MOTIVOS: *Existe una distinción ontológica entre cuatro clases de causas del contrato: la causa "eficiente" radica en el consentimiento como concurrencia de voluntades que le dan vida; la "causa material" en el objeto o prestación que se conviene; la "causa formal" en el modo o manera en que el consentimiento se manifiesta y que permite su aceptación a los efectos jurídicos consiguientes, y la "causa final" es la que por antonomasia se entiende como "causa del contrato", referida más bien al fin que objetivamente se persigue con el mismo, "finis operis", tal y como la define el art. 1.274 del C. c., que a los motivos o móviles subjetivos de los contratantes, "finis operantis", que sólo adquieren relevancia cuando la Ley manda contemplarlos expresamente.*

CONTRATO DE MUTUO: ENTREGA DE LA COSA: *El carácter real del contrato de mutuo o simple préstamo, según el cual éste se perfecciona por la entrega del dinero o cosa fungible al prestatario, implica la transferencia al patrimonio de éste de la totalidad de la cantidad prestada, que ha de entenderse realizada cuando, como en el presente caso, dicha cantidad, al ser transferida como primera partida a una cuenta corriente abierta a nombre del prestatario a petición propia, entró en la esfera patrimonial*

de éste, permitiéndole la disponibilidad sobre la misma. (S. 8 julio 1974; no ha lugar.)

6. CAUSA DE LA DONACIÓN: Con arreglo a los arts. 618 y 1.274 del Código civil, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, y si la gratuidad aparece como el aspecto objetivo de éste, del mismo modo, y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante, debe corresponder correlativamente en el donatario el "animus" de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato. Cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación.

DONACIÓN "MORTIS CAUSA": Declarado por el art. 620 del C. c. que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, la jurisprudencia califica de donaciones "mortis causa" las que se informan en el temor de la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efecto sino "post mortem" y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias.

INDIGNIDAD PARA SUCEDER: NÚM. 6 DEL ART. 756: Se refiere a los casos en que no llega a otorgarse el testamento, pues si a virtud de la coacción se consigue el otorgamiento, entonces la disposición aplicable es la del artículo 673.

NULIDAD DEL TESTAMENTO: PRUEBA DEL VICIO: Aun cuando la libertad del consentimiento tenga extraordinaria importancia en materia testamentaria, no ha de perderse de vista que es también interés social fundamentalísimo el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas de la prueba, el que invoca supuestos vicios de voluntad, necesita probarlos debidamente.

NULIDAD DE LA PARTICIÓN: CAUSAS. ERROR: Carente nuestro C. c. de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones, fuera del precepto aislado del artículo 1.081, hay que entender aplicables a la materia los principios generales del Derecho sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los "inter vivos", estimando como particiones radicalmente nulas aquellas, por ejemplo, en que falte el consentimiento de las personas que deban prestarlo en su caso, y por particiones anulables las viciadas por incapacidad, error, violencia, intimidación o dolo. En el caso de autos existe error sustancial al haberse omitido bienes importantes y no computarse los bienes inmuebles que habían sido donados. (S. 7 enero 1975; no ha lugar.)

HECHOS: X el mismo día hace unas donaciones a unos hijos y otorga testamento en el que los mejora. Practicadas las operaciones particio-

nales por el contador, en las mismas se omiten bienes importantes, y no se computa el valor de las donaciones realizadas a efecto de inoficiosidad. Los restantes herederos impugnan el testamento por dolo de los mejorados y las donaciones afirmando que son "mortis causa", y que además, no se da en ellas "animus donandi". También impugnan la partición por haberse omitido bienes y no haberse computado las donaciones. En primera instancia se declara la nulidad de la partición. La Audiencia revoca la sentencia declarando la rescisión de la partición, que se había pedido subsidiariamente. El T. S. revoca la sentencia de la Audiencia, confirmando la del juzgado.

7. CAUSA DE LOS CONTRATOS; ILICITUD; COMPETENCIA DEL ORDEN CIVIL: *El hecho de que unas infracciones puedan ser objeto de sanción en la vía administrativa, no puede impedir que cuando las reclamaciones que se produzcan por los interesados se funden en títulos del orden civil, sea esta jurisdicción la llamada a conocer de las mismas, y juzgar sobre su efectividad y validez con arreglo a los preceptos de este orden.*

PRUEBA DE TESTIGOS; ERROR DE DERECHO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *El art. 1.248 del C. c. no contiene más que una norma de carácter admonitivo, teniendo declarado el T. S. en Sentencias, entre otras, de 18 de marzo de 1960 y 28 de noviembre de 1961, que no puede ser invocado en casación como apoyo o base de un error de derecho en la valoración de la prueba. (S. de 16 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

8. COMPRAVENTA DE LOCAL NO HABITABLE; CAUSA ILÍCITA: *La venta de un local como habitable, sin serlo, a sabiendas de que tal destino resulta prohibido por la ley, es evidente que constituye una causa ilícita.*

CAUSA ILÍCITA; INOPERANCIA DE LA PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *Los plazos de prescripción señalados en el C. c. no son de aplicación a los contratos inexistentes por causa ilícita.*

CAUSA ILÍCITA CONCURRENTES CON VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; INOPERANCIA DE ÉSTOS: *Estimada la existencia de causa ilícita en el contrato, la concurrencia de dolo en el vendedor y error "in substantia" en el comprador, resulta inoperante a efectos del fallo, que no puede sufrir modificación alguna cualquiera que sea la estimación del Tribunal sobre la existencia de estos vicios del consentimiento.*

RECURSO DE CASACIÓN; INADMISIBILIDAD POR IMPRECISIÓN DE LA INFRACCIÓN: *El concepto de infracción no puede darse como dubitativo para que el Tribunal elija el adecuado, según tiene establecido la Jurisprudencia del T. S. (S. de 28 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

9. CONTRATO DE COMPRAVENTA; FORMALIDAD; ELEVACIÓN DEL CONTRATO A ESCRITURA PÚBLICA: *El compelimiento al vendedor para que formalice la escritura pública, es el ejercicio de una facultad legal que se otorga a ambas partes contratantes, y, por consecuencia, al comprador por el juego conjunto de los artículos 1.280 y 1.279 del Código civil; y como dijo ya el T. S., esa facultad legal descansa, precisamente, en el supuesto de que el contrato reúna los requisitos que para su existencia y validez exige la Ley (S. T. S. de 25 de noviembre de 1965).*

RESOLUCIÓN DE CONTRATOS; INCUMPLIMIENTO DE PRESTACIONES ESENCIA-

LES: *Para que proceda la resolución de un contrato perfeccionado y válidamente pactado, por razón de incumplimiento realizado por cualquiera de las partes, es preciso que ese incumplimiento afecte a una de las prestaciones esenciales del contrato... que evidencien una voluntad rebelde y pertinaz que impida sustancial y esencialmente el normal cumplimiento de los fines hacia los que la voluntad de las partes se dirigía.* (S. de 30 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

10. CONTRATO DE COMPRA-VENTA; SIMULACIÓN ABSOLUTA; LEGITIMACIÓN PARA PEDIR LA NULIDAD DEL CONTRATO: *Es suficiente un legítimo interés para utilizar la acción de nulidad por inexistencia del contrato, con base en una simulación absoluta por falta de los requisitos indispensables para la realidad del contrato (en el presente caso inexistencia de su objeto), sin que su accionabilidad pueda tener el límite establecido en el art. 1.302 de nuestro primer Código sustantivo respecto de "obligados principal o subsidiariamente", pues a pesar del nombre empleado es bien sabido que el legislador se refiere a determinada nulidad relativa a anulabilidad.*

JURISPRUDENCIA; REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA: *Una sola resolución aislada del Tribunal Supremo no constituye doctrina legal que pueda decirse infringida.* (S. de 22 de marzo de 1974; no ha lugar.)

11. DELITO DE ESTAFA Y CONTRATO SIMULADO: *El auto de sobreseimiento dictado por la Jurisdicción penal prueba solamente que no resultó justificada la existencia del delito de estafa, pero no prejuzga la potestad de la Jurisdicción civil para declarar que un pretendido contrato solamente perseguía la finalidad de crear una apariencia.* (S. 3 junio 1974; no ha lugar.)

HECHOS: Una sociedad declarada en suspensión de pagos arrienda, con la concurrencia de los Interventores, un buque de pesca. Por deudas de la sociedad suspensa se embarga el cargamento (previamente se había sobreseído un auto de procesamiento dictado a instancia del ahora embargante por estafa); ejercitada la tercería de dominio por el arrendatario, el Supremo, concorde con las dos sentencias anteriores, desestima la tercería por apreciar simulación absoluta de contrato. El recurrente basa sus argumentos en que el sobreseimiento del auto de procesamiento fue consecuencia de que en la vía penal no se estimó la existencia de simulación.

12. EXPRESIÓN DE CAUSA FALSA Y SIMULACIÓN: *Alegada por el recurrente la existencia de causa falsa, no es ésta materia de debate ya que éste se centra en la existencia de simulación absoluta.*

EVICCIÓN EN LA PARTICIÓN: *El art. 1.061 tiene carácter orientador y facultativo y su aplicación está ligada a configurarlo con las circunstancias del caso.* (S. 30 noviembre 1974; no ha lugar.)

NOTA: En contra de lo que dice la sentencia, nos parece acertado relacionar la simulación con la causa falsa. J.P.D.

13. FIDUCIA "CUM CREDITORE": *No produce la transmisión real del dominio una escritura pública en que se configura un contrato complejo de*

garantía inmobiliaria para asegurar el cobro de una deuda, a través de una pseudo-adjudicación que quedaría sin efecto al pagarse la deuda, y si se incumplía se sacaban los bienes a subasta. (S. 11 marzo 1974; no ha lugar.)

14. NEGOCIO FIDUCIARIO. FIDUCIA "CUM AMICO": *Existiendo un negocio fiduciario "cum amico", por virtud del cual entre padre e hijo se convino que los títulos valores que aquél ordenaba comprar, y había de pagar con su dinero, se pusieran a nombre de dicho hijo, dicho negocio hace propietario aparente al hijo respecto a todos, menos con relación al padre, el cual frente a su hijo continúa siendo propietario real; o sea, que la propiedad formal externa se atribuye al fiduciario, pero la propiedad material continúa siendo del fiduciante. Las Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942 y el Decreto-ley de 28 de junio de 1962 manifiestan claramente cuál es la concepción de nuestro legislador sobre la situación jurídica de los bienes objeto de este tipo de negocio, disponiendo que el fiduciante podrá obtener la declaración judicial de su derecho mediante el ejercicio de una acción declarativa y reipersecutoria, cuyos efectos se extienden a los títulos, la cual no se detiene más que ante el tercero a cuyo favor los bienes hayan pasado legalmente.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: PETICIÓN DE NULIDAD DEL TÍTULO EN QUE PRETENDE BASAR SU DERECHO EL POSEEDOR: *La Jurisprudencia ha admitido la procedencia de la acción reivindicatoria, cuando concurren los demás requisitos, aunque no se pida la expresada nulidad, de modo que bien puede afirmarse que tal petición no es elemento integrante o sustancial de la acción, sino que está subordinada a las circunstancias especiales de cada caso, según las modalidades del mismo, y los preceptos hipotecarios cuando se trate de títulos inscritos.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: RELATIVIDAD: *Como ha declarado la Sentencia de 25 de febrero de 1966, si bien es verdad que el presupuesto procesal de litisconsorcio pasivo necesario obliga a vocar a juicio a todos los interesados en la relación jurídica material, sin embargo, no tiene el carácter absoluto que propugna el recurrente, porque es innecesario traer al pleito a aquellas personas que han demostrado ya de modo formal y fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendían, aunque tal aquiescencia hubiera sido prestada antes y fuera del proceso. (y lo mismo durante el propio proceso), pues se las colocaría en la incómoda situación de tener que soportar los desagradables efectos de la rebeldía si no se personaban, o las ponía en riesgo de tener que pagar las costas si se personaban y su reconocimiento se interpretaba como un simple allanamiento a la demanda (S. 28 diciembre 1973; no ha lugar.)*

NOTA: La cita de las Leyes de tenencia de bienes por personas interpuestas se hace, no porque se apliquen al caso, sino porque demuestran la concepción del legislador sobre el negocio fiduciario.

15. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES; PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA; DOCUMENTO PROBATORIO EN EL QUE NO CONSTA LA LIQUIDACIÓN DE DERECHOS REA-

LES: *Ha de tenerse en cuenta que si el art. 1973 C. c. establece que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, y si la jurisprudencia viene declarando que para que se produzca dicho efecto basta la presentación de la demanda, formulada con los requisitos legales y que sea admitida (SS. de 26 de abril de 1969 y 3 de diciembre de 1966, entre otras), no cabe duda que en el caso que nos ocupa, la demanda formulada por el reclamante fue presentada a tiempo de evitar el transcurso del marcado en la Ley para la prescripción de aquella acción, sin que la circunstancia de dejar en suspenso el curso normal del proceso hasta cumplirse con el requisito exigido, en relación con el documento presentado con dicho escrito inicial, pedido de oficio por el juzgador de instancia, impida que se tenga por viable a los efectos del artículo 1.973 ya citado, pues, por una parte, ya tiene establecido el TS que, en buena doctrina procesal, ha de tenerse en cuenta como admitida toda demanda que, lejos de repelerse "ab initio" por falta de formalidades que la hagan inviable, se tenga por presentada y dé lugar a la práctica de cualquier diligencia, aunque mientras tanto quede suspendida la tramitación del procedimiento, abriéndose un paréntesis entre la presentación y la puesta en curso de los autos (SS. de 16 de noviembre de 1968 y 16 de diciembre de 1966), máxime cuando, a mayor abundamiento, la moderna doctrina jurisprudencial muestra un criterio amplio en esta materia, declarando con reiteración que basta la presentación de la demanda dentro de dicho plazo, aunque sea del acto de conciliación, para que ello constituya un acto de ejercicio judicial de la acción, por lo que resulta lógico que si la presentación de una demanda conciliatoria interrumpe la prescripción, con mayor razón lo producirá la de la demanda principal, ya que es suficiente para ello que el titular del derecho emita la declaración de voluntad.*

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES; PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA; VALIDEZ; FALTA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: *Se hace evidente que según el art. 533, número 6.º, de la L.E.C., sólo hay defecto legal en el modo de proponer la demanda cuando no se llenan los requisitos a que se refiere el art. 524 de la misma, y al no estar incluidos en ellos el motivo que dio lugar a la suspensión del trámite, es indudable que no convierte a la demanda en ineficaz, pues la falta de presentación de los documentos a que se refiere el art. 504 de la Ley citada no acarrea la ineficacia procesal de la demanda, y en este aspecto ya la S. de 27 de noviembre de 1950 sienta la doctrina, reiterada por el TS, de que la falta de presentación de documentos en la Oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales no enerva su validez en el orden de las relaciones civiles, ni puede autorizar otra cosa que la adopción de las medidas fiscales y correcciones administrativas que establece la ley, por todo lo cual, la presentación de un documento, sin que en el mismo conste la liquidación del impuesto, no enerva la validez de la demanda y, de consiguiente, ha de comenzar a producir los efectos de interrupción de prescripción desde la presentación de la misma. (S. de 1 de julio de 1974; no ha lugar.)*

16. **INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR EL ACTO DE CONCILIACIÓN:** *El art. 1.973 del C. c. no alude al acto de conciliación como medio eficaz de interrupción de la prescripción, sino que alude al ejercicio de la acción ante los Tribunales. El alcance del acto de conciliación a estos efectos viene determinado por el art. 479 de la L.E.C., el cual determina que no producirá efecto alguno interruptivo si no se promueve el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes.*

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y CASACIÓN: *La interrupción de la prescripción es un hecho de la exclusiva soberanía en su apreciación de la Sala de instancia, y solamente puede combatirse en casación si se demuestra error de hecho o de derecho. (S. 16 enero 1975; no ha lugar.)*

17. **RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y PRESCRIPCIÓN:** *El reconocimiento de deuda es un negocio jurídico que se califica como abstracto e independiente, por lo cual supone para él que reconoce una renuncia a la posible prescripción. Dicho reconocimiento, en el caso presente, cambia una obligación indeterminada por otra determinada, produciéndose por tanto una novación de la obligación primitiva, con lo que el plazo de prescripción, que en la obligación primitiva era de un año, pasa a ser de quince, contados a partir del reconocimiento. (S. 6 abril 1974; no ha lugar.)*

HECHOS: Una empresa de construcción de carreteras produce daños en una finca por utilización imprudente de explosivos. Valorados los daños por la compañía aseguradora de la empresa constructora, el perjudicado estima insuficiente la indemnización que se le ofrece y la rechaza. Demandada la empresa constructora, excepciona la prescripción por transcurso del año. El juzgado condena a la empresa. La Audiencia estima que ha transcurrido la prescripción. El TS casa la sentencia estimando que el ofrecimiento de una cantidad al perjudicado supone un reconocimiento de deuda y, por tanto, respecto a la cantidad ofrecida, no ha transcurrido la prescripción, que es de quince años, y en consecuencia condena al demandado al pago de dicha cantidad.

COMENTARIO: La sentencia extractada nos plantea algunos interrogantes: 1) El ofrecimiento de una cantidad como indemnización. ¿es un reconocimiento de deuda, negocio jurídico calificado, además, de abstracto e independiente?; 2) ¿Puede suponer un ofrecimiento unilateral no aceptado una verdadera novación?; 3) Si en primera instancia se estimaron los daños en una cantidad muy superior, debe ser porque se probó que era la que correspondía al daño causado; entonces, la interrupción por reconocimiento de la deuda ¿interrumpe sólo respecto de la cantidad reconocida u ofrecida? J.P.D.

18. **INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN:** *No se interrumpe la prescripción cuando, a pesar de promoverse el acto de conciliación cuando aún no había transcurrido el plazo, la demanda se presentó dos días después de los sesenta que exige el art. 479 de la L.E.C. El "dies a quo" no se computa, mientras que el "dies ad quem" se computa por entero. ("S. 12 mayo 1973; ha lugar.)*

19. **ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA; NATURALEZA; PROCEDENCIA: CRÉDITO POSTERIOR A LA ENAJENACIÓN:** *La acción revocatoria o paulina, que como reflejo que es, como igualmente la subrogatoria, del control que, so-*

bre la actividad del deudor, confiere al acreedor la relación de responsabilidad integradora, con el débito de la relación obligatoria, tiene como supuesto el de la sustracción, por el deudor, de su bienes a la acción de sus acreedores y como finalidad la de que los bienes que no debieron salir del patrimonio del deudor sean reintegrados al mismo, acción, la expuesta, respecto a la cual es unánime la doctrina y la jurisprudencia que únicamente puede ser ejercitada con éxito por el acreedor que por ser su derecho anterior a la enajenación llevada a cabo por el deudor, ésta disminuye la garantía del mismo, lo que no sucede tratándose de crédito posterior a la enajenación, ya que, en tal caso, el crédito nacería a la vida del derecho con su garantía menoscabada por la disminución del patrimonio del deudor, causada por la disposición patrimonial... La acción pauliana establecida en beneficio del acreedor, no puede producir los efectos que le están asignados, distintos, claro está, según que la cosa objeto del negocio ilícito esté o no dentro del patrimonio del adquirente, cuando el que utiliza no es acreedor de la persona demandada por haber realizado la enajenación, ya que tal acto nunca podrá integrar relación causal de disminución de la garantía de un crédito inexistente contra el enajenante.

ERROR DE HECHO: IMPROCEDENCIA; DOCUMENTOS TENIDOS EN CUENTA POR EL TRIBUNAL: *Cuando los documentos en que se pretende basar el error de hecho fueron tenidos en cuenta por la Sala, según reiterada doctrina del TS, no son idóneos para combatir la valoración de la prueba por el cauce procesal del núm. 7.º del art. 1.692 de la LEC, sino por el número 1.º del precepto mencionado, impugnándolos por interpretación errónea. (S. de 13 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

3. Derechos reales

1. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD; ACCIÓN REIVINDICATORIA Y ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE: *El propietario, según el art. 348 C. c., tiene acción para reivindicar la cosa contra cualquier tenedor o poseedor ilegítimo que trate de privarle de su derecho, pero sin llegar a la plenitud del despojo de la cosa, pueden producirse gravámenes o limitaciones sobre el inmueble en beneficio de otro, situación que contempla y regula el art. 530 C. c.; razón por la cual hay que desestimar el primer motivo del recurso porque, lejos de violar el art. 348, la sentencia recurrida no ha hecho otra cosa sino argumentar sobre tal precepto y sus consecuencias determinantes de la demanda negatoria de servidumbres que se produciría en el vuelo que "usque ad celum" se reconoce al propietario.*

ABUSO DEL DERECHO; CUESTIÓN DE HECHO O DE DERECHO; DEFECTOS DEL RECURSO: *El abuso de derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de intereses que todavía no alcanzan protección jurídica; y si en los derechos, que son intereses que ya tienen dicha protección, por*

ser renunciables, no se permite en nuestro sistema procesal, de jurisdicción rogada, la protección judicial oficiosa, con mayor motivo no podría estimarse de oficio cuando de simples intereses se trata; por lo que no habiéndose alegado oportunamente en la instancia no procede admitirlo por tratarse de una cuestión nueva; pero si, como defiende parte de la doctrina científica, se estimara que el abuso de derecho es una cuestión jurídica, como derivada de un mandato legal destinado a los jueces, siempre resultaría necesario que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida resultase manifiesto el abuso en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo del actor, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, nada de lo cual aparece probado en el caso de autos. (S. 25 octubre 1974; no ha lugar.)

2. DERECHO DE PROPIEDAD: ACCIONES REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DEL DOMINIO: *La propiedad es el derecho de señorío más amplio que puede tenerse sobre una cosa, si bien sometido a las limitaciones que las leyes puedan imponerle. Aunque el art. 348 del C. c. no alude más que a la acción reivindicatoria, la jurisprudencia ha venido matizando la existencia de una acción meramente declarativa del dominio para los supuestos en que no exista posesión o detentación de la cosa por un tercero, sino una mera negativa de éste a reconocer la titularidad dominical.*

ACCIONES REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA: REQUISITOS: *Repite los requisitos ya enunciados en reiteradísima jurisprudencia. (S. 6 junio 1974; no ha lugar.)*

4. PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACIÓN DE LA COMUNIDAD: RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR RUIDOS Y MOLESTIAS: APERCIBIMIENTO AL ARRENDATARIO OCUPANTE: *No puede prosperar el motivo que alega la interpretación acerca del párrafo 2.º en relación con el 1.º del art. 19 y con el párrafo 3.º del art. 7 L. P. H., en primer término, porque el apercibimiento a que alude el inciso 1.º del párrafo 1.º del citado artículo 19, no es un requisito que afecte a la legitimación activa en sentido propio, pues no se trata de algo que se refiera a la relación de la Junta de la Comunidad de propietarios con el objeto del litigio y cuya falta impida que dicha Junta pueda figurar como parte demandante en el proceso, y, en segundo lugar, porque no puede considerarse que el apercibimiento mencionado constituya una requisito previo para el válido ejercicio por la Junta de la acción de resolución del contrato de arrendamiento que ligue al ocupante con el propietario del local, toda vez que, por un lado, el párrafo 2.º del artículo 19 mencionado sólo subordina el ejercicio de la acción a que el dueño no lo hiciera en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en el requerimiento fehaciente, sin condicionarlo a un previo apercibimiento al ocupante-arrendatario, y, por otro lado, es lógico que accionando la Junta en sustitución del propietario-arrendador no se exijan a aquélla más requisitos que los que éste debe llenar, conforme al art. 114, causa 8.ª de la L.A.U.. (S. 24 enero 1975; no ha lugar.)*

4. IMPUESTOS QUE GRAVAN UN PREDIO; REPERCUSIÓN SOBRE QUIENES PERCIBEN LOS FRUTOS: *Correspondiendo a determinadas personas el goce y disfrute de una finca en virtud de derechos que no han sido discutidos, sería contrario a la equidad, constituyendo enriquecimiento injusto, que quienes no perciben beneficio alguno estén obligados a pagar la contribución rústica y demás impuestos que recaen y tienen en cuenta los mencionados beneficiarios; por tanto, dichos impuestos, al ser satisfechos por el titular dominical, han de ser repercutidos sobre los que de modo total perciben los frutos.* (S. 14 noviembre 1972; ha lugar.)

5. ACCIÓN DE DESLINDE; NATURALEZA Y PROCEDENCIA: *El derecho que el art. 384 del C. c. confiere a todo propietario para deslindar su propiedad con citación de los dueños de los predios colindantes, tiende a la individualización de la cosa fijando sus límites materiales, haciéndola ostensible y manifiesta por cualquier medio adecuado para evitar intromisiones ajenas, consecuencia lógica del derecho de exclusión inherente al dominio frente a colindantes, vecinos y extraños; razón por la cual son unánimes la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que el deslinde procede cuando los límites de los terrenos estuvieren confundidos de forma tal que no se puede venir en conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propietario, o, como dice la Sentencia de 8 de julio de 1953, a los que interesa el deslinde es a los propietarios de fincas que estén en la linde incierta y discutida y no a los demás que tienen perfectamente fijado y reconocido su límite, sin que, precisamente por ello, sea viable la acción de deslinde cuando los predios están perfectamente identificados, como se ha dicho desde la Sentencia de 21 de diciembre de 1918 a la de 12 de junio de 1968.* (S. de 27 de mayo de 1974; no ha lugar.)

6. USUFRUCTO DE MONTES; TALAS EXCESIVAS; ART. 520 C. c.: *A pesar de que la tala realizada por el usufructuario no es normal, habiendo perjudicado al nudo propietario, dado el carácter de sanción penal que, en el orden civil reviste el precepto del art. 520 del C. c., se impone la necesidad de su interpretación restrictiva, para que dicha sanción sólo sea aplicable a los actos abusivos realizados intencionadamente, pues esta intención es la esencia vivificadora y determinante de la aplicación del referido artículo, concorde con la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del Título Preliminar del C. c., en cuya Base segunda-tres, apartado segundo, se establece que las Leyes penales y las de ámbito temporal o excepcional, no se aplicarán en momentos ni a supuestos distintos de los previstos expresamente en ellas, y en la Base tercera-uno que, con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, dispone que se configurará la sanción de los actos jurídicos que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho.* (S. 21 noviembre 1973; no ha lugar.)

7. MEDIANERÍA HORIZONTAL: *No existe unidad de fundos, ni por tanto copropiedad, por el hecho de estar parte de una casa edificada sobre otra,*

con lo cual existe solamente una medianería horizontal, impuesta por la contigüidad de los predios.

PRUEBA DE CONFESIÓN: INDIVISIBILIDAD, VALOR: *La prueba de confesión ni es superior a otros medios de prueba, ni tiene virtualidad por sí sola para que se estimen demostradas las alegaciones a que se refiere, ya que debe apreciarse en combinación con las demás, y aunque pueda admitirse en principio la divisibilidad de la confesión compleja, conforme a lo que dispone el art. 1.233, cuando la confesión abarque hechos diferentes e in-conexos, no es tan clara la aplicación de dicho principio cuando la conexión de los hechos es íntima y evidente.* (S. 28 abril 1972; no ha lugar.)

8. ALERA FORAL ARAGONESA: *Al suprimir el Apéndice su antiguo carácter de servidumbre legal de existencia general y forzosa y sólo respetable como institución convencional o consuetudinaria, es preciso, para reconocer su existencia, probar el título o la costumbre vigente que la imponga.* (S. 15 abril 1974; no ha lugar.)

9. CONCESIÓN DE AGUAS: PRINCIPIO DE "SIN PERJUICIO DE TERCEROS": *Al establecer el art. 150 de la Ley de Aguas que la concesión de los aprovechamientos se entenderá sin perjuicio de tercero, dejando a salvo los derechos de los particulares, quiere decir que si en el ejercicio normal de la explotación resultan perjudicados los derechos de un tercero, como en el presente caso ocurre con el concesionario de una mina, surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, aunque el canal para la explotación de las aguas discurra por tierras propias del concesionario de dichas aguas.*

CONCESIÓN MINERA: NATURALEZA: *Cualquiera que sea el alcance o extensión de los derechos que a los particulares ceda el Estado en el disfrute de las concesiones mineras, integran una modalidad del dominio, siéndoles de aplicación los preceptos del C. c., con carácter supletorio, conforme al art. 16 de dicho cuerpo legal.*

CONCESIONES: JURISDICCIÓN: *Corresponde a la Jurisdicción civil ordinaria los daños y perjuicios que el titular de una concesión cause a un tercero.* (S. 4 enero 1975; no ha lugar.)

10. RETRACTO DE COLINDANTES. REQUISITOS DE LA DEMANDA. EFICACIA DEL ACTO DE CONCILIACIÓN PREVIO A LA DEMANDA. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *Siendo requisitos conjuntamente esenciales para que pueda darse curso a las demandas de retracto, conforme a los claros y precisos términos del artículo 1.524 C. c. en relación con el 1.618 de la LEC, el de que se interponga dentro de nueve días contados desde la inscripción de la venta en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta, y el de que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea, siendo el acto conciliatorio deducido en el plazo preclusivo que la ley señala medio idóneo y modo adecuado de ejercitar aquel derecho, ya que sustituye a los efectos que se persiguen a la interposición a la demanda, hasta el*

extremo de que si en él hubiera avenencia quedaría realizado el retracto, debe cumplirse por parte del retrayente la obligación ineludible de consignar el precio, o en su caso, la de prestar fianza, requisitos que no concurren en el caso de autos, al haber caducado la acción al intentarse extemporáneamente el acto de conciliación. (S. 25 noviembre 1974; ha lugar.)

11. PRECIO A EFECTOS DEL RETRACTO: *El retrayente ha de entregar al comprador la cantidad que éste entregó realmente por la cosa, aunque no coincida con el precio fijado en la escritura pública de venta, determinándose aquélla por peritajes de su valor, cuando para los bienes vendidos globalmente se haya fijado sólo un precio conjunto. (S. 23 mayo 1973; no ha lugar.)*

12. POSESIÓN DE MALA FE: ENTREGA DE FRUTOS PERCIBIDOS DESDE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: CONDENA IMPLÍCITA EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS: EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *Al condenar la sentencia firme a rendir cuentas de la comunidad de explotación existente entre las partes, con deducción de lo ya entregado y del capital de explotación en la parte que les corresponda, sobre las bases que ya se han fijado en ejecución de sentencia, es evidente que la entrega de los frutos percibidos desde la contestación de la demanda está comprendida en dicho pronunciamiento. (S. de 3 octubre 1974; no ha lugar.)*

Entre las partes existió una comunidad de explotación de fincas rústicas en virtud de contrato, que se declaró disuelta por sentencia firme; en la demanda se solicitó, entre otros extremos, la rendición de cuentas y la entrega de frutos desde la fecha de la terminación del contrato, lo que fue íntegramente estimado por la sentencia de primer grado; en apelación se omitió el extremo relativo a la condena de frutos, quedando firme la sentencia. ¿Ha habido contradicción con lo ejecutoriado cuando en este trámite se solicita y obtiene condena a la entrega de frutos percibidos desde la contestación a la demanda? La sentencia anotada no parece absolutamente convincente al negarlo; por lo menos hay que admitir una imperfecta redacción del fallo de la sentencia que se ejecuta.

13. LEGISLACIÓN DESAMORTIZADORA. USUCAPIÓN: *Es propiedad del Estado el Monasterio de San Pedro de Roda, pues pasó a ser suyo por las Leyes desamortizadoras, sin que a ello obste estar enclavado en una finca de dominio particular, concurriendo además la posesión por más tiempo del necesario para la usucapión. (S. 3 diciembre 1973; ha lugar.)*

HECHOS: El año 974 el Conde Gaufrido hizo donación al Monasterio de San Pedro de Roda, de monjes benedictinos, de una gran extensión de tierras, con la condición de que no se podrían enajenar en ningún tiempo. Suprimidas las órdenes monacales, los monjes abandonaron el Monasterio, y por las Leyes desamortizadoras, tanto el Monasterio como las tierras pasaron, como propiedad del Estado, a la Administración de Bienes Nacionales. En 1842 el Duque de Medinaceli promueve autos civiles solicitando que, al haber cesado la causa de la referida concesión, debía también cesar el efecto de la misma, reclamando y obteniendo el territorio donado. El pleito actual se refiere a si el Monasterio existía en el momento de la donación, y por tanto no fue donado, o, por el contrario, no

existía, y fue donado juntamente con las tierras. Por otra parte, dicho Monasterio, en 1930, ante su abandono, fue declarado monumento nacional y restaurado por el Estado, habiendo sido poseído por éste desde entonces. En primera instancia se declaró el Monasterio propiedad del Estado, revocándose dicha sentencia por la Audiencia. El TS revoca la sentencia de la Audiencia, confirmando la de primera instancia.

14. FE PÚBLICA REGISTRAL Y DOBLE INMATRICULACIÓN: *No cabe aplicar el art. 34 de la L.H., aunque el adquirente lo sea a título oneroso y de buena fe y se le haya transferido la finca por quien aparecía como titular registral, si la finca está doblemente inmatriculada, y siendo ello así, quiebran los principios de publicidad y legitimación, pues al coexistir dos asientos de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, la protección que se dispensa a uno de los titulares frente al otro implicaría para éste el desconocimiento de los mismos principios rectores del mecanismo tabular, con lo que se neutralizan los efectos de ambas inscripciones, y la colisión o pugna que entre ellas se produzca se resolverá por las reglas del Derecho civil, con exclusión de la Ley Hipotecaria.*

TRACTO SUCESIVO Y FE PÚBLICA REGISTRAL: *Habiéndose interrumpido el tracto y reanudado mediante la práctica de las inscripciones intermedias, el último asiento produce sus efectos sin retroactividad de ninguna clase y, por tanto, el titular del mismo no puede ser calificado de tercero, ya que en el momento de la adquisición no adquirió de quien apareciera con facultad para transmitir. (S. 23 enero 1974; no ha lugar.)*

4. Obligaciones y contratos

1. OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS; APLICACIÓN DEL ART. 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL: *El art. 1.258 del C. c. es un precepto genérico que ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y cada supuesto contiene el C. c. u otras Leyes. (S. de 4 de diciembre de 1956.)*

NOVACIÓN; CORRESPONDE A LA SALA DE INSTANCIA LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS: *Las cuestiones referentes a la existencia de los hechos originadores de la novación incumbe a la Sala de Instancia, y han de ser aceptados cuando no hayan sido impugnados eficazmente. (SS. de 26 de julio de 1961, 23 de abril de 1962 y 9 de mayo de 1963, entre otras.)*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS; APLICACIÓN DEL ART. 1.282 DEL C. C.: *El art. 1.282 del C. c. únicamente es aplicable cuando por no ser suficientemente claros los términos contractuales se impone la investigación, respecto a la verdadera intención de las partes contratantes.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS; PUEDE SER COMBATIDA EN CASACIÓN: *Si bien es cierto que la interpretación de los contratos puede ser combatida en casación, por las causas establecidas en los núms. 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la LEC, no lo es menos que ha de aceptarse la del Juzgador de instancia siempre que sea racional. (SS. de 27 de diciembre de 1951, 10 de octubre de 1959 y 7 de diciembre de 1961.)*

RECURSO DE CASACIÓN; CUESTIÓN NUEVA; INADMISIBILIDAD: *La alegación de una cuestión nueva ha de originar, según doctrina del TS, la causa de inadmisión establecida en el núm. 5.º del art. 1.729 de la LEC. (S. de 15 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

2. CONTRATO DE OBRAS. CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES. CÓMPUTO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN: *A efectos del cómputo del "plazo de ejecución" de las obras estipuladas por las partes y de la determinación del día inicial del mismo, por "fecha del contrato" de autos no debe entenderse la del documento que encerraba la oferta, sino el día en que se manifestó el consentimiento y se perfeccionó el contrato por el concurso de aquélla y de la aceptación (art. 1.262, párrafo 1.º, C. c.), concurso que en el supuesto de contratación entre ausentes no se produce, conforme dispone el párrafo 2.º de ese precepto, sino desde que la aceptación llega a conocimiento del que hizo la oferta, y siendo así que aquel documento, redactado y firmado por la recurrida el 1.º de agosto de 1969, fue remitido seguidamente a la recurrente para que lo aceptase y lo suscribiese, quien lo devolvió con su firma por carta de 21 del propio mes, no pudiendo tener conocimiento la actora de esa aceptación antes del siguiente día 22, es llano que el referido plazo de ejecución no pudo empezar a contarse sino desde el indicado día 22 de agosto.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. DEFECTO DEL RECURSO: *Entre el hecho fijado formalmente por el Tribunal "a quo", consistente en que la recurrida no se comprometió a terminar en una fecha determinada el muro de contención, que implicaba un aumento extraordinario del volumen de la obra contratada, y el hecho acreditado por el documento que se invoca en el motivo segundo, según el cual, si se introdujesen en el proyecto modificaciones que implicasen aumento de la obra a ejecutar, se establecería, de mutuo acuerdo, la oportuna ampliación del plazo fijado inicialmente y, caso de desacuerdo, sería la dirección facultativa la que fijase el aumento del plazo, no se da aquella contradicción que es indispensable para que pueda estimarse que la Sala sentenciadora incurrió en error de hecho al apreciar las pruebas, por lo que también debe ser desestimado el motivo aludido, máxime si se tiene en cuenta que los temas relativos a si la recurrida debió solicitar el aumento del plazo y a si, a falta de tal voluntad, debe entenderse que el plazo inicial de cinco meses permaneció inalterable, envuelven cuestiones jurídico-sustantivas que no tienen cabida en el núm. 7.º del art. 1.692 de L.E.C. (S. 22 octubre 1974; no ha lugar.)*

3. CONTRATO DE SEGUROS; INTERPRETACIÓN; CUESTIÓN DE HECHO: *El contenido de un contrato debe fijarse con la interpretación conjunta de la totalidad de las cláusulas generales y particulares del mismo, y no como se pretende (por la parte recurrente) apoyándose únicamente en la literalidad de unas de las cláusulas generales impresas, pretendiendo con ello, al margen de los elementos que ha tenido en cuenta el Tribunal "a quo", sustituir con su criterio propio el de aquél, lo que, conforme tiene*

declarado la jurisprudencia, es improcedente, por ser la cuestión de interpretación competencia de los Tribunales de instancia. (S. de 4 de octubre de 1974; no ha lugar.)

4. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *En el concepto "gastos de inscripción" no cabe incluir el pago del Arbitrio de plusvalía, pues su pago no constituye presupuesto ni requisito para el acceso registral.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO Y CASACIÓN: *La interpretación contractual es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, debiendo prevalecer en casación, salvo que se acredite el error del juzgador o se demuestre que la aplicación de la pertinente norma legal de hermenéutica contractual a los hechos reveladores de la voluntad declarada lleva a un resultado ilógico y desorbitado. (S. 14 abril 1973; no ha lugar.)*

5. RELATIVIDAD DEL CONTRATO Y MANDATO NO REPRESENTATIVO: *El artículo 1.257 del C. c. contiene el principio de relatividad de los efectos de los contratos, principio que aparece corroborado en el párrafo 1.º del artículo 1.717, referido al mandato no representativo; pero ese principio admite múltiples excepciones, una de las cuales es, como ha declarado la jurisprudencia, la establecida en el inciso segundo del párrafo 2.º de dicho artículo 1.717, en el que se exceptúa "el caso en que se trate de cosas propias del mandante", excepción justificada porque de lo contrario quedarían completamente burlados los derechos del tercero, dándose lugar a fraudes y abusos.*

DIFERENCIA ENTRE ARRENDAMIENTO DE OBRA Y COMPRAVENTA DE COSA FUTURA: *En el arrendamiento de obra el empresario se obliga a realizar la actividad encargada por el dueño y, al tiempo que ejecuta, el producto entra en el patrimonio de éste, mientras que en la compraventa de cosa futura, como en la de cosa presente, el vendedor se obliga a entregar. Por otra parte, no se altera el contrato de compraventa de cosa futura aunque se incluyan cláusulas de revisión de precios. (S. 28 noviembre 1973; no ha lugar.)*

6. CONTRATOS DE OBRA. INCUMPLIMIENTO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. DEFECTOS DEL RECURSO: *Para que pueda prosperar la acción en que se reclama el resarcimiento del daño y el abono de intereses a que se refiere el párrafo 2.º del art. 1.124 del C. c., no es suficiente con que el demandado haya incumplido el contrato, sino que es preciso además que se acredite, de forma indubitada, la realidad del menoscabo que se le haya ocasionado al actor como consecuencia de aquel incumplimiento y que, si el objeto de su pretensión consistiera en la condena a indemnizaciones por ganancias dejadas de obtener, no se deban éstas a meros cálculos, hipótesis o suposiciones, ni se refieren a beneficios posibles, inseguros o desprovistos de certidumbre, sino que se justifiquen mediante la aportación de los correspondientes elementos probatorios, y siendo así que, en el presente caso, según los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados, si bien la obra construída*

como consecuencia del contrato presentaba deficiencias por no ajustarse en su realización al proyecto, ni éste a las reglas del arte, al existir alguna inadecuación entre sus cimientos y el terreno en que fue levantada, ha quedado en cambio sin acreditar que el chalet objeto del contrato fuese inhabitable y por consiguiente el perjuicio o lucro cesante que pudiera derivarse de su desocupación, por lo cual, y al haber el Tribunal "a quo" condenado a los demandados al pago de determinada suma dineraria, en concepto de resarcimiento de aquellos desperfectos, y al haberlos absuelto de lo reclamado en el segundo concepto, no ha incurrido en la infracción de que se le acusa en el primer motivo del presente recurso, que, por consiguiente, debe rechazarse, sobre todo si se tiene en cuenta que la apreciación de estos hechos es de su libre incumbencia, y que el impugnante no expresó el párrafo del art. 1.124 que estima vulnerado, requisito indispensable para el éxito del motivo. (S. 17 enero 1975; no ha lugar.)

7. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: INDEMNIZACIÓN POR EL USO DE LA COSA: La doctrina de la Sala que equipara los efectos de la resolución de los contratos a los establecidos para su rescisión y nulidad en los arts. 1.295 y 1.303 y obliga a los contratantes a reintegrarse sus recíprocas prestaciones, no se opone a que éstos puedan ser condenado a la indemnización de los daños ocasionados, según se desprende del párrafo 2.º del art. 1.124 del C. c.; indemnización que, si bien en cuanto a su existencia debe haberse acreditado, no necesita semejante justificación cuando se otorga como contrapartida por el precio de disfrute de un inmueble, que se ha de devolver como consecuencia de la resolución del contrato. (S. 2 junio 1973; no ha lugar.)

8. CONTRATO DE COMPRAVENTA; INCUMPLIMIENTO DE ALGUNA CONDICIÓN POR EL VENDEDOR; JUSTIFICACIÓN DE RETENER PARTE DEL PRECIO: Habiendo de juzgar en el pleito las consecuencias de la falta de cumplimiento por las partes de las obligaciones que les incumben, es igual que el acto se realizara antes o después de la entrega, el negocio jurídico termina con el pago y otorgamiento de la escritura, y si antes de esa fecha no se ha cumplido por el vendedor alguna de las condiciones a que estaba obligado, el que el demandado retenga el precio tiene una justificación incompatible con la rebeldía al cumplimiento, que podría ser determinante de la resolución, por ello tales actos no son incompatibles con lo resuelto en la Sentencia, que estima que al hacer la división horizontal se habían cambiado los linderos fijados en el contrato y lo que lindaba con el patio ya lo hacía con propiedad de la empresa, lo que fue una falta por ésta de sus obligaciones (art. 1.097 del C. c.), que quitó valor de negativa al pago del demandado, que estaba justificado por la falta de la actora, que le permitía retener la parte del precio hasta que la casa tuviera las condiciones convenidas.

INCONGRUENCIA; REQUISITOS: La congruencia debe entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito, y no con los

razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal para fundar su fallo, según las SS. de 23 de junio de 1919, 19 de octubre de 1926 y 18 de marzo de 1936, entre otras. (S. de 6 de abril de 1974; no ha lugar.)

9. ARRENDAMIENTO PARA EXTRACCIÓN DE PIEDRAS; INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO; APLICACIÓN DEL ART. 1.124 DEL C. C.; CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ACCESORIAS: *Regulando el art. 1.124 del C. c. una facultad atribuida a la parte perjudicada ante el quebrantamiento de las obligaciones que la otra libremente contrajo, a aquélla le asiste el derecho de opción entre exigir su cumplimiento o la resolución del contrato con la indemnización que le corresponde (y que como sanción le impone el juzgador), por lo que sólo existe incompatibilidad entre la petición de resolución del contrato y de cumplimiento; pero basada aquella en la falta de pago del precio del arrendamiento, entra en juego el principio de reciprocidad perfecta y nada obsta a que además se obligue al arrendatario (demandado) al cumplimiento del pacto en virtud del cual se comprometía a entregar al propietario, en su domicilio, los árboles que por cualquier motivo fuese necesario cortar, condenando a devolverlos en especie en la forma expresada o bien mediante el pago de la suma en que aquéllos fueron pericialmente tasados, por tratarse de una obligación accesoria que ha sido objeto de petición especial por el actor.*

RECURSO DE CASACIÓN; CUESTIONES NUEVAS; INADMISIBILIDAD: *A la casación no pueden traerse temas que por no haber sido propuestos en la instancia, ni sido objeto de debate, no pudieron serlo de pronunciamiento, por lo que tienen el carácter de cuestiones nuevas, inadmisibles conforme a lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 1.729 de la LEC y a constante doctrina jurisprudencial. (S. de 21 de septiembre de 1974; no ha lugar.)*

10. CONTRATO DE COMPRAVENTA; EFICACIA; REQUISITOS FORMALES: NO LO SON LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NI EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA; TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD; INTERPRETACIÓN DEL ART. 1.278 DEL C. C.: *No debe confundirse, por una parte, el concepto de existencia del dominio con el de su inscripción en el Registro de la Propiedad y, por otra, la celebración del contrato con la formalización del mismo en escritura pública, debiendo tenerse presente, respecto al primer extremo, que conforme a los principios inspiradores de nuestra legislación, la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva de derechos, sino declarativa, ya que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del Registro, y que de conformidad con el art. 1.278 del Código civil los contratos tienen fuerza de obligar siempre que en ellos concurren los requisitos esenciales para su validez, y es por eso por lo que del hecho de no presentar la justificación documental de la propiedad de la finca vendida, no puede deducirse que ella no fuera propiedad del actor, sino únicamente que carecía de título documental o registral de la misma, cuando en realidad dicho inmueble se enajenó ejerciendo el actor indudables derechos dominicales no contradichos por nadie, y es por ello por lo que el ahora recurrente no puede suspender el pago del*

precio, porque resulta claro del contexto del art. 1.502 del C. c. que solamente podría hacerlo el comprador cuando fuese éste perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria. (S. de 8 de mayo de 1965 y 21 de febrero de 1947.)

IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO; RECONOCIMIENTO DEL MISMO POR ACTOS PROPIOS: *No se puede aducir la nulidad del contrato por quien, al contestar la demanda y en el suplico de la misma pretende su cumplimiento, máxime si a ello ya aspiró anteriormente al requerir al vendedor a los efectos de otorgar la escritura y entregarle el precio de la venta.* (S. de 1 de octubre de 1974; no ha lugar.)

11. **CONTRATO DE COMPRAVENTA; SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; MONTAJE DE MAQUINARIA: CÓMPUTO DEL PLAZO:** *El artículo 1.490 del C. c. somete el ejercicio de las acciones redhibitoria y estimatoria al término riguroso de caducidad de seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida, por ser desde este momento cuando el comprador tiene la posibilidad de descubrir el vicio... En el presente caso tanto si se parte del momento material de entrega de la cosa, como si se entiende no realizada la entrega hasta que se concluyera el montaje de la maquinaria de modo satisfactorio, habría transcurrido muy sobradamente el plazo legal cuando se ejercita la acción, pues aunque se aceptara el criterio de que el mecánico permaneció más tiempo trabajando en la máquina porque no había terminado eficazmente el montaje, puesto que éste criterio podría, a lo sumo, compartirse por la prolongación correspondiente dentro del año en que se entregó la maquinaria, pero lo que no resulta en modo alguno admisible, dada la finalidad perseguida por la norma de dar al comprador la oportunidad de descubrir el vicio, es que si los operarios terminaron su tarea en octubre de 1970, conforme indica la factura de gastos, o incluso si acudieron algún otro día del mes de noviembre inmediato (como sostiene el actor) éste considere que la labor no se ha terminado y, sin embargo, so pretexto de estar fuera de campaña y no poderse verificar operaciones de ajuste, no tome ninguna iniciativa hasta septiembre siguiente, fecha en que reclama de nuevo al mecánico, quien presta sus servicios durante ocho días más, y promueva la demanda en diciembre de 1971, con la pretensión de que la entrega está todavía por realizar, debiéndose tener presente también al respecto las características de los plazos de caducidad y la doctrina de la S. de 6 de abril de 1967.*

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: FACULTAD DE RESOLVERLO: *Sólo el contratante que haya cumplido sus obligaciones, puede optar por la facultad de resolverlo, conforme al art. 1.124 del C. c.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: COMPETENCIA; LITERALIDAD DE LAS CLÁUSULAS: *Aun cuando sea exacto que las palabras deben entenderse llanamente y como suenan, esto sólo tiene lugar cuando no se suscita duda alguna sobre su genuina inteligencia (S. de 10 de diciembre de 1957). La interpretación del contenido clausular de los contratos es privativa del*

Tribunal de Instancia, y debe, por ende, ser respetada en casación mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo, según nutrida jurisprudencia del TS. (S. de 3 de abril de 1974; no ha lugar.)

12. **COMPRAVENTA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR:** *Consumada la compraventa, que se realizó en documento privado, cualquier conducta posterior del vendedor, incluso atribuirse la propiedad de la cosa vendida para constituir una hipoteca sobre la misma, pudiera dar lugar a consecuencias que incluso excedan de la esfera civil, pero no se puede estimar produzca incumplimiento de contrato. (S. 30 mayo 1974; no ha lugar.)*

HECHOS: Venta de unas fincas en documento privado en el que se dice que están libres de cargas, más si hubiera alguna sería levantada por el vendedor. Dos años después, antes de la presentación de la demandada, el vendedor cancela los gravámenes. El comprador, no obstante, pide la resolución. En primera instancia se estima que la constitución de la segunda hipoteca constituye incumplimiento. La Audiencia declara no haber tal incumplimiento y el TS. confirma la sentencia.

13. **DOBLE VENTA JUDICIAL: ART. 1.473 C. C.: BUENA FE:** *Existiendo dos ventas judiciales por sendos embargos de una misma finca, el segundo comprador, que fue el primero en inscribir, no tiene buena fe, ya que conocía la existencia de la primera adjudicación, pues el juzgado que la decretó exhortó al que diligenció la segunda, según consta en los autos y aparece incluido literal y expresamente en la escritura de venta a favor del segundo comprador. (S. 30 abril 1974; ha lugar.)*

HECHOS: Por deudas de su propietario se embarga un piso y se adjudica al ejecutante, no inscribiéndose el auto de adjudicación. Posteriormente se embarga el mismo piso y se adjudica al rematante en la subasta. Antes de que esta segunda subasta hubiera tenido lugar, el juzgado que realizó la primera exhortó al que seguía el segundo procedimiento haciendo constar la adjudicación que se había realizado. No obstante, se siguió el segundo procedimiento terminando con el otorgamiento de la escritura de venta en la que se hizo constar el contenido del exhorto referido. Dicha escritura se inscribió en el Registro. El adjudicatario en el primer procedimiento demanda reivindicando el piso y solicitando la cancelación de la inscripción. La demanda se desestima en las dos instancias. El TS revoca la sentencia, accediendo a lo solicitado por el demandante. Es de hacer notar que el TS declara la mala fe del segundo comprador, cuestión en la que parece ser no entraron ninguna de las otras sentencias.

14. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: MODIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA:** *La variación de algunos elementos de la sociedad arrendataria, como aumento o reducción del capital, modificación de estatutos, cambio de denominación, o nombramiento y separación de administradores, no llevan en sí una extinción de la sociedad constituida y el nacimiento de otra personalidad distinta, ya que no hubo cambio de forma, y no ha-*

biendo tal transformación, no ha existido cambio de arrendatario. (S. 22 enero 1974; no ha lugar.)

15. FIANZA GENERAL Y CON LIMITACIÓN TEMPORAL AL ARBITRIO DEL ACREEDOR: *No se extingue por prórroga de una obligación ni por haber realizado el afianzado algún acto que pudiera perjudicar al fiador.*

RECURSO DE CASACIÓN Y "OBITER DICTA": *El recurso de casación no cabe contra los razonamientos formulados "a mayor abundamiento"* (Sentencia 23 marzo 1973; no ha lugar.)

Habiendo un contrato de fianza por el cual el fiador se obliga solidaria e irrevocablemente, con expresa renuncia al beneficio de excusión, al buen fin y completo pago de cuantas operaciones tuviera en curso la empresa X con el Banco Y, hasta la suma de diez millones de pesetas, así como las que en lo sucesivo se concertaran, hasta que el Banco diera su conformidad sobre la cesación de la fianza, no infringe el art. 1.851 del Código civil el Tribunal que declara su validez, a pesar de haberse prorrogado alguna obligación, pues para tal infracción sería preciso que la fianza fuera concreta y limitada a una determinada operación o negocio, y no tuviera el amplio alcance de la de autos; tampoco extingue la fianza en dicho caso el hecho de que el acreedor realizara algún acto que pudiera perjudicar al fiador.

16. CONTRATO DE OBRA. FIJACIÓN DEL PRECIO: COSTE DE LA OBRA SEGÚN PRESUPUESTO: *Habrà de estimarse como coste de la obra la cantidad señalada por el propio ejecutante en su presupuesto, al no haber sido probado mayores costes.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *No puede prevalecer la del juzgador de Instancia, por no ser racional e ir contra las leyes de la lógica, en cuanto fija el precio de la obra según costes aducidos en factura, pero no probados.* (S. 6 abril 1974; ha lugar.)

El demandante, encargado de realizar toda la obra de carpintería en un piso piloto de la sociedad constructora demandada, reclama una cantidad como adeudada por los costes de la obra, en factura en que especifica los mismos. Esta cantidad, que le es reconocida en ambas instancias, es reducida por el Tribunal Supremo a la que resulta de su presupuesto, por no haberse demostrado mayores gastos. Téngase además en cuenta que esta obra servía para poder precisar mejor los costes del futuro edificio.

17. CONTRATO DE OBRAS. DOCUMENTOS PRIVADOS: VALORACIÓN DE LA PRUEBA. MODIFICACIÓN DEL PROYECTO: *Para que se pueda infringir una norma de valoración probatoria por inaplicación —en el caso concreto el artículo 1.225 sobre documentos privados—, es absolutamente necesario deje de ser tenida en cuenta y, por tanto, no se atribuya al medio de prueba tasado cuya valoración regule, la eficacia correspondiente, que no es lo acaecido respecto a los documentos mencionados en el motivo, los cuales no fueron desconocidos por el Tribunal de Instancia, sino que a su contenido no le asignó la eficacia probatoria pretendida por el recurrente, porque haciendo uso de la facultad que privativamente pertenece*

al Juzgador de Instancia, en orden a la interpretación de los contratos, llega a la conclusión de que el proyecto de obras convenido fue modificado por orden y encargo del recurrente.

NOVACIÓN EXTINTIVA Y MODIFICATIVA. DEFECTOS DEL RECURSO: *No puede prosperar el motivo que denuncia la infracción del art. 1.204 del C. c. y la doctrina de que la novación no se presume porque, aparte de que se alega violación cuando en rigor el concepto de la infracción es la aplicación indebida, es lo cierto que aunque el art. 1.204, en relación con la novación extintiva, admite como formas de constitución de la novación la expresa y la tácita, según se realicen los supuestos de una u otra, son distintos su presupuestos al afirmado en la sentencia impugnada de modificación de la cláusula sexta del contrato de ejecución de obra relativa al requisito de la autorización, por escrito, de las modificaciones de ella. (Sentencia 10 diciembre 1974; no ha lugar.)*

18. SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No existe litisconsorcio pasivo necesario al ser la actora totalmente extraña a las obligaciones convenidas entre la demandada y una tercera compañía mercantil, respecto al suministro e instalación por la última de materiales de impermeabilización, convenio al que es aplicable, respecto a la demandante, el aforismo "inter alios res gestas aliis non posse facere praedictum", y la doctrina contenida en los arts 1.257 y 1.596 del C. c., que impiden pueda afectar a la compañía mercantil citada en último lugar el resultado del pleito.*

INCONGRUENCIA: CAUCE PROCESAL: DEFECTOS DEL RECURSO: *Al fundamentarse el motivo en la omisión de pronunciamiento sobre alguno de los puntos sometidos a la decisión de los órganos jurisdiccionales, debe censurarse en casación con apoyo en el núm. 3 y no en el núm. 2 del art. 1.692 LEC; no pudiendo admitirse en ningún caso la aplicación indebida del artículo 359 LEC, puesto que la congruencia en las sentencias es un imperativo legal en todo caso. (S. de 20 de abril de 1974; no ha lugar.)*

La cooperativa actora, adjudicataria de las obras de construcción de cierto número de bloques de viviendas, había subcontratado a la sociedad demandada, luego recurrente, los trabajos de impermeabilización, parte de los cuales fueron a su vez encomendados por la subcontratista a una tercera sociedad. Las deficiencias observadas en las obras de impermeabilización dieron lugar al pleito, en el que la demandada opone la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

19. CONTRATO DE OBRA. RESOLUCIÓN POR DESISTIMIENTO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *La facultad de desistir que le concede al dueño el art. 1.594 del C. c., en el contrato de obra o empresa, no puede ejercerse impunemente, según el propio precepto legal, en perjuicio del contratista, al que hay que indemnizar de todos sus gastos, trabajo y utilidad o beneficio industrial que pudiera obtener de la obra; y estando perfectamente fijado el precio señalado para la obra encargada, queda como único problema el de la fijación de los porcentajes de la indemnización a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que en la Sentencia de*

1.^a Instancia se ha probado que la utilidad o ganancia que habría de producir al demandante la construcción de la máquina contratada asciende a un 15 por 100 del total del precio convenido, y con respecto al porcentaje de la retribución de la entidad mediadora está igualmente probada la procedencia y la cuantía del 10 por 100. (S. 22 noviembre 1974; no ha lugar.)

NOTA: Llama la atención el hecho de que la sentencia reseñada fija la indemnización a base de dos porcentajes sobre el precio contratado: uno del 10 por 100 a que asciende la comisión ya satisfecha a la entidad comisionista o mediadora en el contrato, cuya conceptualización como "damnum emergens" ofrece escasas dudas; y otro, del 15 por 100, que aun siendo una cifra frecuente en la práctica comercial para determinar el beneficio industrial, no puede tomarse sino como cuantía abstracta de un presunto "lucrum cesans".

20. CONTRATO DE OBRA. CONSENTIMIENTO TÁCITO A LA AMPLIACIÓN DEL PRESUPUESTO. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Las afirmaciones que se contienen en la sentencia recurrida acerca de que el demandado aceptó el presupuesto de obra presentado por la entidad actora y prestó su consentimiento tácito a otras llevadas a efecto fuera del primitivo proyecto, al haber presenciado, vigilado y comprobado personalmente su ejecución, y a que el importe de ambas partidas corresponde exactamente con el fijado por el Tribunal "a quo", no se enervan con los errores de hecho en la apreciación de la prueba que, por el cauce formal del núm. 7 del art. 1.692 LEC, se le atribuyen en los motivos 1.º y 3.º del presente recurso, puesto que para poner de relieve semejantes vicios "in iudicando", resultan de todo punto inoperantes los elementos probatorios que bajo la rúbrica de "documentos auténticos", se señalan en ambos motivos, ya que carecen de esa condición los dictámenes periciales, la confesión judicial, los escritos de demanda y contestación, e incluso, a estos efectos, aquellos que, como el presupuesto de obras antes aludido, constituyeron el eje del debate en torno al cual giró la controversia.*

AUTORIZACIÓN DEL PROPIETARIO. HECHOS PROBADOS. DEFECTOS DEL RECURSO: *Si bien es cierto que el art. 1.593 C. c. exige la autorización del propietario para reclamar las elevaciones de precio que procedan del cambio del plano de obra, no lo es menos que tal consentimiento se da por existente en los hechos que la sentencia recurrida declara probados, por lo que el motivo se funda en elementos fácticos distintos de los mantenidos por el Tribunal "a quo", incurriendo en el núm. 9 del art. 1.729 LEC y en la consiguiente causa de desestimación del recurso. (S. 28 octubre 1974; no ha lugar.)*

21. CONTRATO DE OBRA. ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL DUEÑO. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. INCONGRUENCIA: *No es incongruente la sentencia recurrida por el hecho de declarar que el art. 1.597 C. c. (acción directa de los que ponen materiales en una obra ajustada por el contratista contra el dueño de aquélla) no es aplicable al caso de autos y fundar el fallo en*

el enriquecimiento sin causa y en el art. 1.526 C. c., pues, conforme al conocido apotegma "da mi factum, dabo tibi jus", la cuestión de hecho es de la competencia, de las partes y es incongruente la sentencia que admite hechos nuevos, no probados pero, en cambio, que respecto de la parte jurídica ésta es de libre apreciación del Tribunal, sean unos u otros los preceptos invocados, o los que el Tribunal establezca.

ASUNCIÓN DE DEUDA. CLÁUSULA PENAL: *Convenida la relación de determinadas obras entre la parte actora y la demandada principal, y habiendo asumido aquélla la obligación de pagar las cantidades que éste adeudaba a otra de las demandadas como consecuencia de los materiales aportados por ella a la obra, la cláusula penal que vinculaba a las dos primeras no afecta a la última. (S. de 25 julio 1974; no ha lugar.)*

22. CONTRATO DE MANDATO; RELACIONES FAMILIARES; DEFENSA DE INTERESES COMUNES: *La actuación más o menos conjunta, pero no total, de componentes de la familia en defensa de unos bienes comunes y proindivisos, no puede estrictamente calificarse de mandato recíproco más que de una manera analógica o aproximada, ya que, en realidad, ello está ínsito en la propia relación de copropiedad.*

RECURSO DE CASACIÓN; ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA; PRUEBA DOCUMENTAL: *El documento que se enfrente a la sentencia, dice la doctrina del TS., debe contener afirmaciones terminantes, incompatibles con las que sirven de base al juzgador para fundamentar su fallo, no sirviendo, por tanto, al fin perseguido, la casación, los documentos de los que haya de partir para derivar suposiciones o conjeturas que puedan pugnar con las afirmaciones del juzgador de instancia. (S. de 28 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

23. CONTRATO DE MANDATO. RENDICIÓN DE CUENTAS. EXISTENCIA DE OTROS PARTICIPES EN EL NEGOCIO ADEMÁS DEL MANDANTE: *El art. 1.720 del Código civil prescribe expresamente que todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no correspondiera al segundo; ante tan teminante precepto, del que es fiel reflejo el suplico de la demanda, encaminada sólo a la rendición de cuentas y restitución del saldo y no concretándose, por otra parte, en la redacción del poder si el contenido de la administración, ampliamente conferida, ha de corresponder a todo el negocio o a una parte del mismo, el administrador no debe de ser relevado del deber que le impone el precepto antes aludido, si la rendición de cuentas y, sobre todo, el saldo, ha de corresponder sólo a los mandantes o si se ha de repartir con otros condueños. (S. de 17 de enero de 1975; ha lugar.)*

24. ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DEL ART. 1.450 DE LA LEC: *Es una administración "ad hoc", constitutiva de un mandato especial, al solo efecto de hacer efectivo con los frutos el crédito del ejecutante y, a lo sumo, a atender con ello a la conservación ordinaria de la finca, sin que suponen*

ga despojar al titular de la finca urbana administrada de su facultad de arrendar. Habiendo el administrador sustituido al arrendatario sin consentimiento del arrendador, es evidente la invalidez de dicha sustitución. (S. 20 junio 1974, injusticia notoria; ha lugar.)

25. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y POR RIESGO: Alegada por el recurrente errónea interpretación del art. 1.902 C. c. y de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad objetiva y por riesgo, se reconoce que, efectivamente, en algunas resoluciones de este Tribunal se han formulado varias de aquellas declaraciones, pero han recaído en supuestos en los que o bien el propio C. c. admitía la objetivación de la culpa (humos excesivos, que sean nocivos según el art. 1.908, núm. 2.º), o bien lo imponía la propia norma (legislación sobre accidentes de trabajo, sobre accidentes por vehículos a motor, navegación aérea, uso de la energía nuclear, etc.); debiéndose añadir que tampoco el único fundamento de la sentencia recurrida es el que le atribuye el recurrente, sino que el Tribunal de Apelación agrega otros varios para su tesis desestimatoria de la demanda, argumentos todos que tendrían que ser eficazmente combatidos y enervados.

LA REALIZACIÓN DEL SINIESTRO NO REVELA EN TODO CASO AUSENCIA DE MEDIDAS DE PRECAUCIÓN: La actualización del riesgo no revela siempre y en todo caso que no se hubiesen empleado por la empresa todos los medios de precaución necesarios, puesto que, aun con esa existencia de aparatos, si el trabajador los desecha y prescinde de ellos puede surgir el evento dañoso que se temía y trataba de evitar, y de tal evento dañoso no puede originarse responsabilidad para la empresa, salvo que le venga impuesta de manera expresa y objetivamente por la legislación laboral, y sólo respecto a ese orden jurisdiccional.

CULPA EXCLUSIVA DEL ACCIDENTADO: EL ART. 1.903 ESTABLECE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: Tampoco el art. 1.903 C. c. adopta un criterio de responsabilidad objetiva al regular la responsabilidad de las personas derivada de la actividad que despliegan quienes les están sometidas o se hallen bajo su guarda, sino que se limita a adoptar el principio de inversión de la carga de la prueba, exigiendo para la exoneración de su responsabilidad "que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"; y como en el caso de autos la sentencia recurrida estima que el accidente se produjo por culpa imputable exclusivamente al obrero accidentado, al no haber utilizado las medidas de seguridad que la empresa demandada puso a su disposición para realizar, sin riesgo, el trabajo que se le tenía encomendado, y que eran bastantes para evitarse daños al productor, originándose el siniestro porque éste incumplió aquella norma de prudencia, no obstante la vigilancia observada por los empleados de la empresa para que dichos medios de seguridad fuesen utilizados por los obreros que trabajaban en la cantera, es lógico concluir, como lo hace la sentencia recurrida, que no puede apreciarse culpa ni negligencia en dicha em-

presa, ni en los encargados que ejercían vigilancia, habiéndose producido el siniestro por culpa imputable exclusivamente al obrero accidentado. (S. de 19 noviembre 1973; no ha lugar.)

NOTA: ¿Un paso atrás en la evolución de la doctrina jurisprudencial hacia la objetivación de la culpa extracontractual? En los indudables progresos que en la interpretación evolutiva del art. 1.902 C. c. ha realizado la Sala 1.ª del TS. se observan, a veces, incertidumbres o vacilaciones, cuando no frenazos, y, en apariencia, retrocesos. Tal ocurre en el caso resuelto por la sentencia extractada, referida a un caso de muerte en accidente laboral en el que ya se había percibido la indemnización concedida por la legislación específica. Son afirmaciones de la sentencia de apelación, aceptadas por el TS.: 1.º) Que en un momento en que, por acabar de subir a la bancada, o por otras causas desconocidas, no estaba sujeto el obrero por el cinturón de seguridad, cayó de la bancada a la escombrera; b) que los encargados de la cantera vigilan para que los obreros utilicen las medidas de seguridad que la empresa pone a su disposición; c) que no se aprecia culpa o negligencia, ni por parte de la empresa, que puso a disposición del obrero fallecido las medidas de seguridad suficientes para que no se produjera el accidente, ni por parte de los encargados de la vigilancia de que dichas medidas de seguridad fuesen utilizadas, y d) que poco tiempo antes del accidente fueron utilizadas y no puede exigirse una vigilancia constante y permanente para cada uno de los obreros. De tales hechos parece deducirse más bien una falta o insuficiencia de prueba sobre la causa efectiva del accidente, siendo muy reiterada la jurisprudencia del propio TS. de que la mera observancia de normas reglamentarias de seguridad no exonera de responsabilidad a la empresa, y de que la realización del siniestro es prueba de que tales medidas eran insuficientes. Acaso convendría fijar con claridad los criterios inspiradores del régimen general de la responsabilidad civil.

26. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR CAÍDA DE UN ANDAMIO SIN BARANDILLA: *Declarado probado que la andamiada sobre la que el accidentado verificaba su labor carecía de la reglamentaria barandilla protectora, debe declararse la responsabilidad civil extracontractual de la empresa constructora.*

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA SUBJETIVISTA: PRUEBA DE LA DILIGENCIA: *El sistema subjetivista, en lo concerniente a la determinación de la responsabilidad por los daños sufridos por un tercero, derivados de los actos más o menos lícitos de su autor, viene evolucionando, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en el sentido de imponer al autor de los daños la carga de acreditar que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos, elementos esenciales para la exoneración de responsabilidad; y así lo tiene declarado esta Sala en las SS. de 14 febrero 1944, 23 febrero 1950, 23 diciembre 1952 y 24 marzo 1953, entre otras, y se afirma, además, en la sentencia recurrida que no se aportó ninguna probanza para acreditar que la presencia de la barandilla tampoco hubiera evitado el suceso, y que el gravísimo percance no hubiera llegado a producirse de haber existido dicho elemento protector (S. de 9 marzo 1974; no ha lugar.)*

27. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: CULPA DEL CONDUCTOR: *El accidente que dio origen al fallecimiento de la esposa del actor sobrevino al no poder evitar el demandado que se deslizase el automóvil que conducía, por una zona de la carretera donde existía hielo, y se precipitase en un río, por llevar marcha superior a la adecuada para detenerlo, ante el estado en que se encontraba la superficie de rodadura; y llevar disminuidas sus facultades sensitivas por el cansancio producido como consecuencia de conducir el vehículo durante doce horas, en un intervalo de quince, con iluminación artificial en gran parte del trayecto.*

CASO FORTUITO: HIELO EN LA CARRETERA: *La circunstancia de que apareciera cubierto de hielo algún trozo de la carretera no es un acontecimiento imprevisible e inevitable a efectos del art. 1.105 C. c., ya que el artículo 17, apartado E) del Código de la Circulación obliga al conductor de un vehículo de motor a ser dueño de sus movimientos en todo momento, moderando su marcha, e incluso deteniéndola, cuando fuere preciso, y especialmente en el supuesto de que el afirmado, de la superficie de rodadura se hallara mojado.*

PRUEBA DEL CASO FORTUITO: *La prueba de la existencia del caso fortuito incumbe al que la alega no sólo por aplicación de la norma genérica del art. 1.214 C. c., sino también por la específica del art. 1.183 C. c. en relación con el principio general de derecho "allegans casus fortuitus illum probare tenetur", sin que la Sala de Instancia pueda deducirlo de meras presunciones, según S. 8 enero 1929. (S. de 24 mayo 1974; no ha lugar.)*

28. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: IMPRUDENCIA PROFESIONAL DEL TAXISTA: *El accidente se produjo al salir el taxista, que conducía el coche de su propiedad, de una curva muy cerrada de giro a la derecha, patinando por consecuencia de la existencia de hielo, siendo patente su falta de prudencia al ser conocedor de la peligrosidad de la carretera en aquel punto, aún sin hielo, y como consecuencia del trazado, todo lo cual justifica la aplicación al caso del art. 1.902 C. c.*

PRESUNCIÓN DE CULPA: *Según las sentencias, entre otras, de 10 julio 1943 y 24 marzo 1953, toda acción u. omisión determinante del daño indemnizable, se presumen siempre culposa a no ser que su autor acredite haber actuado con el cuidado y diligencia que requieren las circunstancias de lugar y tiempo en el caso concreto; y tal objetivación específica es más exigible por razones profesionales que obligaban al conductor a una mayor diligencia y precaución en los trazados peligrosos que le eran conocidos. (S. de 21 septiembre 1974; no ha lugar.)*

Resulta curioso comprobar que, pese a existir una normativa específica de la responsabilidad civil por accidente de automóvil, basada en la idea de responsabilidad cuasi-objetiva (S. de 30 marzo 1974), los Tribunales siguen invocando la doctrina jurisprudencial anterior que, si bien sirvió para preparar el camino de aquella, podría estimarse hoy supe-rada, como ocurre con la presunción de culpa.

29. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: CARÁCTER DE RESPONSABILIDAD CUASI-OBJETIVA: *El art. 1.º del texto refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 21 marzo 1968, consagra el principio de la responsabilidad cuasi-objetiva para los conductores, pues las excepciones a la misma son completamente extrañas al elemento subjetivo de culpabilidad o no culpabilidad del conductor.*

ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO: *La acción directa establecida en el art. 4.º de la Ley, al proclamarse sin discriminación, es posible no sólo cuando se ejercita la acción ejecutiva a que se refieren los arts. 9.º y ss. de la misma, sino también cuando se ejercitan las demás acciones que expresamente se reservan a los perjudicados en dicho art. 4.º.*

INEXISTENCIA DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: CONCURRENCIA DE CULPAS: *Declara la sentencia como hecho probado, no combatido en el recurso, que el actuar culpable de la víctima, como factor único y exclusivo de la producción del fatal suceso, resulta indemostrado, aunque se afirma la responsabilidad concurrente positiva de la misma, por lo cual resulta fundada la condena del asegurador mediante el ejercicio de la acción directa. (S. de 30 marzo 1974; no ha lugar.)*

30. SEGURO DE ACCIDENTES DE AUTOMÓVIL: RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO CONTRA EL ASEGURADOR DE CANTIDADES A QUE FUE CONDENADO: COMPENSACIÓN QUE REBASA LA CUANTÍA DEL JUICIO: CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA OBJETIVA: *Las normas procesales que establecen la clase de juicio por razón de la cuantía son de orden público y deben observarse tanto por las parte como por los Tribunales, por lo que el art. 689 de LEC ordena al Juez rechazar de plano la reconvencción sin ulterior recurso cuando se plantea en un juicio de menor cuantía y aquélla debe ventilarse en juicio de mayor cuantía.*

IMPOSIBILIDAD DE DIVIDIR EL CRÉDITO CUYA COMPENSACIÓN SE ALEGA: *En el presente caso, el crédito base de la reconvencción no ha sido reconocido por el actor, por lo que habría de ser objeto de la oportuna declaración, rebasando su importe el límite máximo de la cuantía del juicio en que se alega, sin que sea lícito dividir el crédito para reclamar dentro del presente proceso una parte, reservándose la reclamación del resto para un momento y proceso posterior, dado que entra en juego la validez o eficacia del título del mismo de la obligación en su totalidad, y la resolución que recayere podría prejuzgar las sucesivas. (S. de 6 junio 1974; no ha lugar.)*

5. Derecho de familia

1. MUJER CASADA; AUTORIZACIÓN JUDICIAL; PUEDE SER CONCEDIDA DESPUÉS DE PRESENTAR LA DEMANDA: *La oportuna licencia marital para promover la litis puede ser sustituida por la autorización judicial, a pesar de estar solicitada tras de presentar la demanda.*

PRUEBA DE PERITOS; APRECIACIÓN POR EL JUEZ: *La Sala sentenciadora tiene libertad plena, nacida del art. 632 de la LEC, para oponerse al dictamen pericial, si del mismo pueden deducirse las consecuencias que cree el autor del recurso para oponerse al mismo e interpretarlo con su propio criterio.*

RECURSO DE CASACIÓN; ERROR DE HECHO; APRECIACIÓN: *El "error de hecho" lo circunscriben la doctrina y la jurisprudencia como un medio defensivo que resulta de un documento auténtico (o sea, el que por sí mismo demuestra una verdad claramente y es el indicado, por su carácter, para demostrarla), cuya verdad contrasta con la que el Tribunal sienta, y que se demuestra sin necesidad de acudir a hipótesis, interpretaciones ni analogías ajenas al texto del documento, o sea, infiriéndolo de su simple comparación. (S. de 28 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

2. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES; LEGITIMACIÓN DE LA MUJER POR AUTORIZACIÓN DEL MARIDO: *(El Tribunal Supremo acepta el fallo de la apelación). Aun cuando en principio la administración y representación e, incluso, la disposición con limitaciones de los bienes gananciales corresponda al marido, cuando conste que éste ha concedido su autorización, representación y consentimiento a la mujer, forzosamente se ha de entender que se halla legitimada para obrar o actuar judicial o extrajudicialmente en defensa de los intereses de la comunidad, sin que el hecho de que actúe en nombre propio pueda trascender a otro orden de relaciones que la de los intereses personales entre marido y mujer fundamento apoyado en la naturaleza de la sociedad de gananciales y en lo dispuesto en el art. 1.395 del C. c.*

FIANZA CONSTITUIDA POR MARIDO Y MUJER; RECLAMACIÓN DE CANTIDAD; RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL A VIRTUD DE ACTOS PROPIOS DEL DEUDOR; ÉTICA PROCESAL: *Es doctrina constante del TS. proclamada últimamente en la S. de 22 de junio de 1974, que no puede impugnar o desconocer la personalidad o legitimación de un litigante, quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida, y en aplicación de esta doctrina debe ser desestimado el único motivo del recurso, que denuncia la violación del art. 1.412 en relación con el párrafo 1.º del 59 del C. c., toda vez que el Tribunal "a quo", bien directamente, bien por la aceptación de los considerandos de la Sentencia de primer grado, declara en concepto de hechos probados, no desvirtuados eficazmente en el recurso, que la recurrida, actuando en su propio nombre y derecho, constituyó, en unión de su marido, la llamada fianza hipotecaria; que la misma, en su carácter de fiadora, había satisfecho, juntamente con su marido, la cantidad a que ascendía el préstamo, y que en el pleito iniciado anteriormente por el citado esposo contra la hoy recurrente, en petición de reintegro de la cantidad total, la demandada alegó que el actor sólo podía pretender el pago de la mitad de dicha suma, ya que la otra mitad únicamente podía ser reclamada por su mujer, por lo que el actor en aquel proceso, aceptando la tesis de la interpelación, redujo la pretensión al pago de la citada mitad, haciendo la salvedad de que el resto sería reclamado por su mujer*

en un proceso independiente, lo que efectivamente ha realizado en el juicio de que trae origen el actual recurso, en el que la demandada sostiene que el único legitimado activamente para formular la pretensión del pago de la cantidad restante y de sus intereses legales es el marido, lo que implica no sólo una contradicción con sus propios actos, sino el desconocimiento de los deberes de seriedad y buena fe a que obliga la ética procesal.

RECURSO DE CASACIÓN; NECESIDAD DE IMPUGNAR TODOS LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA: *Es doctrina del TS. que no puede prevalecer el recurso cuando impugnándose un fundamento de la Sentencia, no se ataca otro que por sí solo es suficiente para mantener la eficacia de la misma.* (S. de 4 de octubre de 1974; no ha lugar.)

3. BIENES PRIVATIVOS Y GANANCIALES: *Cedido un solar privativo a cambio de pisos en el edificio futuro, los pisos adquiridos como consecuencia del contrato tienen carácter privativo.*

CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE PISOS EN EL EDIFICIO FUTURO: *No obstante la dificultad de una calificación jurídica de tal negocio, parece lo más adecuado calificarlo de permuta.*

CASACIÓN Y NORMAS FISCALES: *Las normas jurídico-fiscales son inadecuadas para servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo.* (S. 28 junio 1974; no ha lugar.)

4. ADOPCIÓN; PACTO SUCESORIO: *El pacto en la escritura de adopción (otorgada en 1951) en el que los adoptantes se obligan a instituir heredera a la adoptada, al menos en un tercio de la herencia, constituye una verdadera estipulación o contrato hereditario de naturaleza irrevocable, y el derecho de la adoptada a la herencia no puede ser desvirtuado por el silencio que represente el no otorgar testamento o el otorgarlo con omisión de la persona adoptada.*

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES DE ECONOMÍA PROCESAL: *Es improcedente todo recurso cuando la nueva resolución que hubiera de dictarse hubiera de llegar a la misma conclusión que la recurrida.* (S. 28 enero 1975; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

1. TESTAMENTO DEL CIEGO; NO HACE FALTA LA CEGUERA ABSOLUTA: *Basta con que la lesión o defecto visual alcancen el grado suficiente para impedir al testador la lectura y estampado de firma con la claridad de rasgos que habitualmente la caractericen.* (S. 12 abril 1973; no ha lugar.)

2. ERROR SUSTANCIAL; TEORÍA SUBJETIVA: *Refiriéndose el art. 1.266 a las condiciones que hubieran dado motivo al acto, parece preferible inclinarse por la teoría subjetiva en la interpretación de dicho precepto.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *La interpretación de los negocios jurídicos exige, fundamentalmente, captar la voluntad e intención de los*

sujetos, y esta tesis, que alcanza especial relieve cuando se trata de declaraciones no-recepticias, como el testamento, está sustancialmente acogida en el art. 675 del C. c., sin perjuicio de prescribir que debe el intérprete atenerse al sentido literal si el texto es claro y expresivo, de suerte que baste la lectura para colegir la intención del testador; no pudiendo los elementos llama gramatical, lógico y sistemático aislarse uno de otro, por lo que el citado artículo 675 no impone un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse los criterios interpretativos, pues no excluye que, para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal, se deban utilizar conjunta y combinadamente, todos los criterios de interpretación, admitiendo implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento pueda ser desmenuado o integrado por el Juez, siempre que para ello parta del tenor del mismo testamento.

INEFICACIA DE LA PARTICIÓN: Carente nuestro C. c. de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones, fuera del precepto aislado del art. 1.081, hay que entender aplicables a la materia los principios generales del Derecho sobre la nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los "inter vivos" contractuales, partiendo de la distinción capital entre la inexistencia o nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad, estimando como particiones radicalmente nulas aquellas, por ejemplo, en que falte el consentimiento de las personas que deban prestarlo en su caso, y como particiones anulables aquellas viciadas por incapacidad de las personas que a ellas concurren o la ausencia de formas prescritas para garantía de las mujeres casadas o de los incapaces, así como por la existencia de error, violencia, intimidación o dolo.

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO Y CASACIÓN: Si bien es función del juzgador de instancia la de fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, también corresponde su significado al Tribunal de casación cuando el sentido dado por aquél resulte manifiestamente contrario a la intención del testador. (S. 26 noviembre 1974; no ha lugar.)

HECHOS: La testadora instituye herederas en los tercios de legítima y libre a sus dos hijas por partes iguales, legando a una de ellas el tercio de mejora. La misma testadora, con asesoramientos de terceras personas; hace la partición; y en la misma se guarda la proporción establecida en el testamento, de acuerdo con la valoración que se da a los bienes; se impugna la partición alegando que hubo error en la valoración de los bienes. En Primera Instancia se desestima la demanda, pero es estimada en apelación y confirmada la sentencia de la Audiencia por el Supremo.

3. NULIDAD DE TESTAMENTO; MANIOBRAS DE CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR; CUESTIÓN DE HECHO: La manifestación que contiene la Sentencia recurrida de que el testamento tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del testador, o sea, como dicen las SS. de 25 de octubre de 1928 y 1 de junio de 1962, en el empleo de astucia, maquinación o artificio, dirigido por el instituido a desviar la libre determinación de sus decisiones y conseguir se excluyera de su herencia, en todo o en parte, a personas que de otra forma serían llamados a la su-

cesión, constituye una afirmación de hecho de la libre apreciación de la Sala de Instancia (SS. de 26 de diciembre de 1944 y 22 de febrero de 1961.)

NULIDAD DE TESTAMENTO; PRESUNCIONES; NO APLICABILIDAD DE LAS MISMAS CUANDO EXISTEN PRUEBAS DIRECTAS: *No pueden prosperar los motivos del recurso, en los que se acusa al Órgano jurisdiccional de apelación de haber aplicado indebidamente el art. 1.253 del C. c., porque la resolución impugnada no fundamenta su pronunciamiento anulatorio del testamento en la prueba por presunción derivada de la circunstancia de que el testador tuviera personalidad psicopática y fuera fácilmente sugestionable por quienes gozaran de ascendiente anímico sobre él, como se expresa en los motivos, sino que, esencialmente, apoya su decisión en otros hechos concretos y determinados que agrega en su segundo considerando, tales como los de que el otorgamiento de dicha disposición testamentaria "tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del causante" cuando se alojaba en el domicilio del demandado, y que éste había conseguido con anterioridad otra herencia, de un hermano fallecido, de forma análoga. Tales pruebas directas, por no haber sido impugnadas en el recurso y mucho menos destruidas, permanecen inalterables en los autos e imposibilitan la aplicación del art. 1.253, según reiterada jurisprudencia reflejada, entre otras, en la SS. de 17 de febrero de 1966 y 5 de abril de 1971, dando lugar a que el Tribunal "a quo", al ajustar su fallo a lo preceptuado en el art. 673 de la referida ley civil sustantiva, no haya incurrido en las infracciones denunciadas.*

VALOR DE LOS ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD: *Según la S. de 20 de diciembre de 1963, el valor de un acto de última voluntad, como documento formal y solemne, nada tiene que ver con la eficacia o ineficacia de su contenido.*

RECURSO DE CASACIÓN; DOCUMENTOS AUTÉNTICOS; NO LO CONSTITUYEN LAS PRUEBAS DE CONFESIÓN Y TESTIGOS: *A efectos de casación no constituyen documentos auténticos las pruebas de confesión judicial (SS. de 16 de abril y 1 de diciembre de 1963) y testifical (SS. de 14 de noviembre de 1946). (S. de 9 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

4. NULIDAD DE TESTAMENTO; LITIS CONSORCIO PASIVO: *No puede declararse la nulidad o validez de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados, que son los instituidos herederos en el mismo cuya revocación o vigencia se discute, pues en la acción de nulidad de un testamento están legitimados pasivamente todos los favorecidos en él y los contadores partidores, bastando con demandar a los herederos instituidos para cumplir con su llamamiento las condiciones requeridas para establecer una perfecta relación procesal, según declaran las Sentencias de 12 de julio de 1905 y 10 de julio de 1935.*

NULIDAD DE TESTAMENTO POR SER INHÁBIL UN TESTIGO INSTRUMENTAL; NO ES NECESARIO DEMANDAR AL NOTARIO AUTORIZANTE: *Siendo la acción de nulidad del testamento fundamentalmente personal, por ser forzoso dirigirle contra los interesados (según el mismo testamento) en sostener su validez, es evidente que, cuando se inste la nulidad por el defecto de*

ser inhábil uno de los testigos instrumentales, sin alegarse malicia, negligencia o ignorancia inexcusable del notario que lo autorizó, en nada afecta a dicho fedatario tal nulidad, que muy bien pudo obedecer a la actuación del mismo testador o de los testigos, por lo que, al no tener interés en la validez del testamento, no debe ser demandado, al no concurrir las circunstancias especificadas en el art. 705 del C. c., puesto que el mismo es aplicable cuando dichas circunstancias son las determinantes de la nulidad pretendida.

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO; NATURALEZA: *La figura jurídica del litis consorcio pasivo necesario se caracteriza, según la S. de 6 de abril de 1967, por su finalidad de obtener una resolución única para todos, por tratarse de una sola pretensión que a todos afecta, no sólo porque el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos lo que debieron ser parte de él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto, si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de los interesados, con el peligro de condenar a una persona sin ser oída. (S. de 22 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

5. PARTICIÓN HEREDITARIA; NATURALEZA; IMPOSIBILIDAD DE HACERLO EN NOMBRE AJENO: *La partición a que se refiere el art. 1.056 del C. c. es un acto personalísimo del testador que no puede efectuarse por medio de representante, como se infiere de su propia naturaleza, en relación con lo dispuesto en el art. 670 del repetido Código, por lo que el causante no puede otorgar la partición en nombre de su esposa, a la vez que lo hacía en nombre propio.*

PARTICIÓN HEREDITARIA; SÓLO COMPRENDE LOS BIENES PROPIOS: *Como tiene declarado el TS. en su S. de 20 de mayo de 1965, dado el texto del propio art. 1.056 en relación con el 659 del C. c., la facultad que al testador confiere de hacer, por acto inter vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes de testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos, y aunque dicho art. 1.056 exprese que se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, esa disposición se contrae al acto particional en su propio sentido, pues cual bien dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre de 1916, es necesario para la efectividad de tales disposiciones que los bienes distribuidos sean propios del causante, es decir, estén en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades concedidas al testador para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos.*

NULIDAD DE PARTICIÓN; VIOLACIÓN DE NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: *Son nulos los actos relativos a la partición de bienes que en su testamento hizo el causante cuando infringen y violan de manera ostensible y expresa diversos preceptos del C. c., cuales son los referentes a las sociedades gananciales, los que afectan al régimen jurídico de los bienes parafernales y los que hacen referencia a la inalterabilidad del régimen ganancial.*

ACTOS NULOS; APLICACIÓN DEL ART. 4 DEL CÓDIGO CIVIL: *Para que se esté en un supuesto de nulidad radical amparable en la norma genérica del art. 4 del C. c., no basta que exista una inadecuación entre un acto y un precepto legal, sino que es necesario, además, que éste establezca un mandato ineludible o imponga, siempre imperativamente, una prohibición.*

APLICACIÓN A LA LÓGICA DE LAS NORMAS; ALEGACIÓN DE DOCTRINA O PRINCIPIO JURÍDICO; RECURSO DE CASACIÓN: *Cuando se entienda que un precepto no es aplicable directamente, pero sí por analogía, deben alegarse como infringidos la doctrina o precepto jurídico que imponían la aplicación de ese concepto y tiene que demostrarse que hay igualdad jurídica esencial entre aquel caso y el referido supuesto. (S. de 17 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

II. DERECHO MERCANTIL

1. ART. 286 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: *No es aplicable cuando la entidad representada no es comerciante. (S. 14 octubre 1974; no ha lugar.)*

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: PLAZO DE CADUCIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES: *Habiéndose nombrado Administradores no propiamente en el acto fundacional, sino a continuación, aunque el nombramiento se haga constar en la misma escritura de constitución, al decir que "los comparecientes, dando a esta reunión el carácter de junta universal, designan administradores solidarios a...", dicho nombramiento no tiene la rígida aplicación del plazo limitativo de cinco años que establece el artículo 72 de la LSA., por lo cual el cese no se produce automáticamente, sino que debe llevarse a cabo una junta general para nombrar a los que les sustituyan.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: JUNTA GENERAL: PRECISIÓN DE LA CONVOCATORIA: *Concretándose el contenido de la convocatoria a "la ratificación y aprobación, en su caso, de la actuación de los Administradores hasta la fecha de la reunión de la junta, y en especial de la convocatoria de ésta", se da una falta de claridad, ya que los términos generales del enunciado acusan una ambigüedad o indeterminación contraria a la finalidad del anuncio, que tiene por objeto no sólo poner en conocimiento de los accionistas la celebración de la junta, sino también el conocimiento sumario de los asuntos sobre los que deba recaer su aprobación o disenso.*

SOCIEDADES ANÓNIMAS: JUNTA GENERAL: FALTA DE PRESIDENTE Y SECRETARIO: *No existiendo presidente, sino administradores solidarios, no cabe impugnar la junta por no haberla presidido un presidente; pero sí, en cambio, es de estimar la falta de secretario interviniente, al no figurar designado en los Estatutos ni por los accionistas en el acto de la junta, conforme previene el art. 71 de la Ley, vicio que motiva la nulidad de la junta y la invalidez de los acuerdos adoptados.*

JUNTA GENERAL ORDINARIA: NULIDAD DE LA APROBACIÓN GLOBAL DE TODOS LOS BALANCES Y MEMORIAS DESDE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD: *Conforme al art. 50 de la L.S.A., la junta general ordinaria habrá de convocarse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar las cuentas y balance del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios, pero en modo alguno puede extenderse a una aprobación global de todos los balances y memorias desde la constitución, y al no tener validez legal tal aprobación de cuentas, ya que el resultado del último ejercicio tiene que estar relacionado y en dependencia con los anteriores, tal invalidez alcanza a la censura en la gestión de los administradores, que se refiere a todo aquel período, y que requiere un conocimiento previo de la gestión económica de la sociedad a través de las cuentas de cada ejercicio. (S. 22 octubre 1974; ha lugar.)*

III. DERECHO PROCESAL

1. **JURISDICCIÓN VOLUNTARIA; NATURALEZA; COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS APELACIONES:** *Establecida por el art. 1 de la Ley de 20 de junio de 1968 la competencia de las Audiencias Provinciales para conocer de las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en materia de actos de jurisdicción voluntaria, contenidos en el Libro III de la LEC., sin que de dicha disposición surja excepción alguna, y sentado por el TS con reiteración que en los actos de dicha clase que tengan tramitación especial señalada habrá de seguirse la misma, sin que la oposición formulada los transforme en contenciosos, es evidente el acierto de la Sala de lo Civil de la Audiencia al rechazar el conocimiento del presente asunto, por corresponder el mismo a la Audiencia Provincial. (S. de 8 de abril de 1974; ha lugar.)*

2. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIO; ACCIÓN PERSONAL; COMPETENCIA:** *Al ejercitarse en el presente caso una acción personal, dirigida a reclamar una cantidad por los posibles perjuicios ocasionados al actor por la resolución unilateral, por parte de la entidad demandada, del contrato que tenía concertado con dicho señor para que ejerciera el cargo de Delegado de élla, es indudable que la competencia para conocer del proceso corresponde al Juzgado de la localidad donde aquél concertó las pólizas de seguro en favor de la demandada, percibió las primas correspondientes y satisfizo el importe de los siniestros sobrevenidos, es decir, al lugar donde prestó sus servicios y cumplió la misión que le estaba encomendada, a tenor de lo dispuesto en el apart. b), pár. 2.º dñl art. 17 de la Ley de 30 de diciembre de 1969 y a la doctrina sentada por el TS., tanto en materia de arrendamientos de servicios (27 de septiembre de 1969 y 13 de junio de 1972), como de comisión mercantil (19 de octubre de 1953 y 21 de febrero de 1969), o de simple mandato, o de cualquier otro negocio jurídico*

que lleve implícita la realización de algún trabajo en población determinada, siendo consecuencia de lo expuesto el que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dicho contrato también hayan de ser reclamados ante el Órgano jurisdiccional donde la obligación principal había de cumplirse —SS. de 3 de febrero y 14 de noviembre de 1972—. (S. de 20 de junio de 1974; ha lugar.)

3. LITIS CONSORCIO NECESARIO. COMUNIDAD DE INTERESADOS EN BIENES RESERVABLES: *El litis consorcio necesario, tanto en el aspecto activo como en el pasivo, exige que el órgano jurisdiccional, antes de entrar a resolver el fondo del problema litigioso, compruebe si está en el proceso —o han sido llamados a él— todas las personas a quienes pueda afectar la relación jurídica de derecho material controvertida, con el fin de impedir que se condene a alguien que no ha sido oído y vencido en el juicio, y de evitar que se dicten sentencias que puedan resultar contradictorias en los pleitos que por separado hubieran de suscitarse; de ahí que, aunque no sea alegada por las partes en la fase procesal oportuna, la falta de ese presupuesto procesal, deba ser apreciada por el Tribunal, de oficio, si es que efectivamente se produce, lo que no acontece en el caso debatido ya que la actora no formula sus pretensiones invocando su exclusivo derecho a los bienes reservables de la herencia de su padre, sino al contrario, fundándose en ser interesada en dichos bienes en unión de sus sobrinas doña... y doña..., y como cotitular con ellas.*

COMUNIDAD DE INTERESADOS EN LOS BIENES RESERVABLES. LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La sentencia impugnada tiene buen cuidado de puntualizar que los bienes reclamados tienen carácter reservable, condenando a los demandados a que los entreguen a la actora en su condición de reservista y como cotitular junto con los demás reservatarios, todo lo cual armoniza con la reiterada doctrina según la cual "cualquiera de los partícipes en la comunidad, puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, ya para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos, si bien la resolución que recaiga no perjudica a los demás partícipes si fuese adversa, aprovechándoles, en cambio, si les fuera favorable".* (S. 28 noviembre 1974; no ha lugar.)

4. CONTRATO DE SEGURO OBLIGATORIO: ACCIÓN DE REEMBOLSO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA CONTRA LOS ACTUALES PROPIETARIOS DEL VEHÍCULO: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Se desestima la demanda intentada por la compañía aseguradora por no haber sido demandado conjuntamente el tomador del seguro, ya que el litis consorcio pasivo necesario no depende de la índole de la relación jurídico-material deducida en el proceso, sino de que no hayan sido demandados todos y cada uno de aquellos a quienes puede afectar la resolución.*

SENTENCIA PENAL CONDENATORIA CONTRA EL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO: *Dada la notoria diversidad de la fundamentación de los fallos penal y civil, el primero no es contrario al segundo, ni las sentencias en las causas penales tienen carácter de documentos auténticos, por la forma distinta de valorar las pruebas en ambas jurisdicciones.*

INCONGRUENCIA: *El vicio de incongruencia es consecuencia del principio de rogación, y se ha de determinar en función de la inadecuación o disconformidad del fallo y de las pretensiones aducidas oportunamente por los litigantes.*

FALLO CONTRADICTORIO: *La contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo en sí, entre los cuales ha de producirse una patente incompatibilidad, de forma tal que origine dudas fundadas su ejecución. (S. de 18 de abril de 1974; no ha lugar.)*

5. **PRÉSTAMO USUARIO: DOCTRINA GENERAL:** *Conforme a lo dispuesto en el art. 2.º de la Ley 23 julio 1908, los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes; y reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que la libertad de apreciación que les concede la Ley es tan absoluta que pueden formar su convicción sin necesidad de prueba alguna (SS. de 30 abril 1915 y 27 diciembre 1916, entre otras), y que esto no impide que los Tribunales puedan formar su juicio, no sólo con las alegaciones de las partes, sino teniendo en cuenta las pruebas aducidas (SS. de 16 enero 1914 y 17 febrero 1921), y que el uso de la especialísima facultad discrecional de resolver en materia de usura no está circunscrita o limitada a los Juzgadores de Instancia, sino que también la tiene este Tribunal Supremo, si bien —y para que el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no se convierta en una tercera instancia— debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, en tanto que no se encuentren en manifiesta disconformidad con las resultancias procesales estimadas con arreglo al indicado art. 2.º (Sentencia de 26 de junio 1974; no ha lugar.)*

Frente a la reclamación del importe de un préstamo formalizado a través de la aceptación de varias letras de cambio, se esgrime en vía reconvenional la impugnación por usurario, alegación que no se estima en ninguna de las instancias y que también fracasa en el presente recurso. Dado el tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley Azcárate, acaso convendría plantearse el tema de su revisión en sus aspectos sustantivos y procesales, incluyendo una sanción pecuniaria para quien, de mala fe manifiesta, invoca sus preceptos. (G.G.C.).

6. **CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR ELECTROCUCIÓN: FALTA DE VIGILANCIA:** *No puede menos de apreciarse que existe culpa por parte del recurrente si tenemos en cuenta el moderno concepto de culpa que obliga al autor de los daños a acreditar que obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos, determinando la S. de 23 de febrero de 1950, que hasta un acto lícito puede dar lugar a culpa si no se realiza con la prudencia que las circunstancias del caso exigían; y en este supuesto ha quedado acreditada la falta de vigilancia por el recurrente y el no cortar la energía que ya no tenía utilización.*

PREJUDICIALIDAD PENAL: *La responsabilidad penal procedente del delito de imprudencia, y la civil, dimanante de hechos u omisiones culposas, son especies jurídicas distintas, por lo cual lo actuado en la esfera penal*

nó puede prejuzgar en ningún caso, y menos en el de absolución, si el hecho fallado tiene valoraciones en derecho cuya calificación y efectos deben ser apreciados por Tribunales de otro orden.

INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA PENAL: *La jurisdicción civil, una vez que la penal ha dictado fallo absolutorio, y salvo la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, tiene plena competencia para enjuiciar, por lo que no hay otra posibilidad de cosa juzgada que la citada de inexistencia del hecho. (S. de 28 junio 1974; no ha lugar.)*

7. **FIRMA DE DOCUMENTO PRIVADO. PRESUNCIÓN DE CONOCIMIENTO:** *Es reiterada la doctrina de este Tribunal de que existe la presunción "juris tantum" de que quien firma un documento conoce y admite su total contenido, salvo que pruebe lo contrario y no habiéndose intentado tal prueba es evidente que la Sala "a quo" no ha incurrido en la aplicación indebida del art. 1.225 del C. c.*

REQUISITO DE LA PRUEBA DE PRESUNCIÓN: *Declarado probado que la recurrente firmó con pleno conocimiento el documento particional en el que manifiesta ser los bienes privativos del marido es evidente que la presunción sentada por el Tribunal tiene con el hecho la concatenación que exige el art. 1.253 del C. c. (S. de 17 febrero 1975; no ha lugar.)*

8. **TERCERÍA DE MEJOR DERECHO; DERECHO PREFERENTE DE LA HACIENDA PÚBLICA:** *Indudablemente la Hacienda Pública tiene un derecho preferente, de carácter absoluto, para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, que gravan periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro público, cuando corresponden a la anualidad corriente y a la última vencida y no satisfecha —art. 194 de la LH.— o al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior —arts. 73 y 74 de la vigente Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963— preferencia que le incumbe frente a otros acreedores, aunque éstos hubiesen inscrito sus derechos.*

PROVIDENCIAS DE APREMIOS; NATURALEZA; DOCUMENTOS PÚBLICOS: *Las providencias de apremio, con relación a la Contribución Territorial Urbana, deben ser calificadas como documentos públicos, por aplicación de lo que se dispone en el art. 1.216 del C. c. y núm. 3.º del 596 de la LEC., y atribuirles la eficacia probatoria que tienen, de conformidad con el artículo 1.218 de la Ley sustantiva mencionada, respecto al hecho que motivó su otorgamiento. (S. de 15 de junio de 1974; ha lugar.)*

9. **INADMISIBILIDAD DEL RECURSO; REQUISITOS: FALTA DE PRECISIÓN:** *La falta de claridad y precisión en la formulación del recurso se sanciona como causa de inadmisión por el núm. 4.º del art. 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en esta fase decisoria lo es de desestimación. (S. de 27 de octubre de 1973; no ha lugar.)*

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y VENTA
DE FASCÍCULOS SUELTOS PARA EL
AÑO 1976

Suscripción anual: España, 1.500.— pesetas

Extranjero: 1.650.— pesetas

Número suelto: España, 550.— pesetas

Extranjero, 650.— pesetas

Suscripción anual: España, 1.000.— pesetas

Extranjero, 1.150.— pesetas

Número suelto: España, 350.— pesetas

Extranjero, 450.— pesetas