

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVIII
FASCICULO I



ENERO - MARZO
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 NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Fáginas

Estudios monográficos

TOMÁS AGUILERA: <i>La venta de frutos como acto dispositivo</i>	3
MARIANO PESET REIG: <i>Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821</i>	29
ANTONIO GORDILLO CAÑAS: <i>La nulidad parcial del contrato con precio ilegal</i> ...	101

Bibliografía

Libros	205
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA: <i>La protección jurídica de las invenciones y la industria</i>	

químico-farmacéutica, por Macías Martín.—JOSE ENGLER HELMUT: *Auf dem Weg zu einem Adoptionrecht. Schriften zum deutschen und euro-asiatischen Zivil- Handelsund Prozessrecht Band 72; Verlag Ernst un Werner Giesecking*, por García Cantero, Gabriel.—J. L. DE LOS MOZOS: *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, por S. Vattier, Carlos.—ROJO Y FERNANDEZ RIO, ANGEL: *La responsabilidad civil del fabricante*, por Díez Picazo, Luis.—THOMAS, HANS FRIEDRICH C.: *Formlose Ehen. Eine rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichende Untersuchung*, por García Cantero, Gabriel.—VERGES SAN-CHEZ, MERCEDES: *El socio industrial*, por R.

Revista de Revistas	217
----------------------------------	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz	229
--	-----

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas	278
---------------------------------------	-----

*Cláusula "valor oro" de la renta en un arrendamiento de local de negocio regido por la L. A. U. de 1946.
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de febrero de 1974),*
por José Bonet Correa.

II. Sentencias	287
-----------------------------	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.-1958.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVIII
FASCICULO I

ENERO - MARZO
MCMLXXV



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La venta de frutos como acto dispositivo

TOMAS AGUILERA

Notario

1. UNA «COMMUNIS OPINIO» POCO FUNDADA

Puede considerarse como opinión generalmente admitida la de que la venta de frutos constituye un acto de administración. Coincidén sobre este punto las diferentes teorías, pese a sostener posiciones muy diversas sobre la naturaleza de tales actos. Hay sólo la pequeña discrepancia de Laurent, quien considera tal venta como acto conservativo, lo que no constituye modificación importante, dada la imprecisión con que los diversos autores suelen separar administración y conservación.

La matización carece de interés para quienes confunden los actos de administración y disposición, tendencia negativa prevista por Goldschmidt a fines del siglo pasado y desenvuelta ampliamente en recientes autores italianos. No puede sorprender que se conceda carácter administrativo a la venta de frutos si se parte de que ningún acto presenta puros los caracteres de administración y disposición. Así se atribuye significado administrativo a actos que afectan más profundamente al patrimonio que la venta de frutos.

Explica esta coincidencia de las variadas opiniones sobre un supuesto concreto el peso de las consideraciones prácticas, puesto que el administrador se ve enfrentado continuamente con la necesidad de realizar tales actos. No cabe que pida reiteradamente permiso para realizar actos que forman parte de su gestión normal. Por otra parte, sería estéril una labor de administración que prescindiese de la venta de frutos.

El problema no está, en consecuencia, en la posibilidad de realizar tales actos el administrador de bienes ajenos, sino en la justificación técnica del fenómeno. La doctrina ha partido del prejuicio de creer concedida sólo al administrador la realización de actos administrativos sin necesidad de permiso; le ha parecido que la distinción entre administración y disposición sólo tiene trascendencia si logra separar categóricamente los actos para los que el administrador necesita ciertas autorizaciones y aquellos que puede realizar libremente. Esto es algo que nunca ha sido demostrado. No es cierto que un administrador

sólo pueda realizar libremente actos de administración; pero esta precisión no lleva consigo la inutilidad de las categorías.

El problema que se plantea es, por consiguiente, si resulta necesario desvirtuar la conceptuación normal de un acto a causa de ser realizado por un administrador. En términos generales, no cabe duda que cualquier tipo de venta supone acto dispositivo. Esta es una calificación jurídica; si la abandonamos en el terreno de la administración, resulta indiscutible que lo hacemos por motivos económicos. Ahora bien, renunciaremos así a nuestra labor de formación científica del Derecho para penetrar en el caos del casuismo. Por ejemplo, la venta de un cuadro resultará acto de administración si su firma es poco conocida; pasará, en cambio, a disposición a partir de cierta frontera que el juez deberá señalar en cada supuesto, consultando a los expertos y las corrientes de moda. Podría haber presentado ejemplos más pintorescos, pero renuncio a utilizar el ridículo «que mata» para mantenerme en los estrictos términos de una discusión técnica (1).

2. LA SEPARACION ENTRE ADMINISTRACION Y DISPOSICION

La clave de la cuestión en materia de administración surge respecto de la posibilidad de realizar el administrador distintos tipos de actos jurídicos. Las dificultades se dan principalmente respecto del administrador de bienes ajenos. Pero no cabe reducir el problema a esta consideración. Existe el administrador de bienes propios y el de bienes ajenos; el administrador legal y el designado voluntariamente. Ignorar esta diversidad de administraciones supone desvirtuar necesariamente el planteamiento.

El ideal de la doctrina consiste en separar categóricamente los actos de administración y los de disposición, de manera que el administrador de bienes ajenos pueda realizar libremente los primeros y necesite autorizaciones para cumplir los segundos. No hay dificultad respecto de los actos de conservación; dado su carácter necesario, puede incluso realizarlos un extraño. En cuanto a administración y disposición, se suele rechazar el sistema de lista y se desconfía de la posibilidad de lograr conceptos absolutos. Eliminado el sistema de lista, que nunca podría ser completo y prever todas las posibilidades futuras, queda la tentativa del concepto técnico. Entonces se discute si tal concepto debe ser apriorístico u obtenido del examen de la realidad. La doctrina suele deducir la definición de un examen incompleto de la realidad y pretende darle valor general para todas las instituciones. Así se explica que las doctrinas afirmativas se hallen en descrédito frente a los argumentos fundados de las tesis negativas.

(1) He estudiado ampliamente estas cuestiones en mi libro sobre «Actos de administración, de disposición y de conservación», publicado en Madrid, en 1974, por Montecorvo, S. A.

En mi opinión, existe un defecto de planteamiento en la base de la cuestión. Interesa, sin duda, precisar los límites de las facultades administrativas. Pero esto no se logra sólo con la definición de los diferentes tipos de actos. Deben considerarse también la posición del sujeto y la naturaleza de la institución. Ahora bien, estos dos últimos factores son esencialmente variables. La posición del sujeto difiere según las diversas situaciones jurídicas donde puede encontrarse; las instituciones son distintas por responder a necesidades muy diferentes. Si la noción de los actos resulta igualmente variable, encontraremos el caos.

La noción unitaria de los actos sólo puede conseguirse si se parte de una consideración apriorística de los mismos. Administración, disposición y conservación suponen actitudes primordiales del sujeto que agotan sus posibilidades de acción en un campo jurídico considerado desde cierta perspectiva. Esta noción, ideal y natural al propio tiempo, es imprescindible para poder contrastar con ella los diferentes tipos de actos. Así podremos ver en qué medida resultan modificadas las facultades del sujeto para realizar actos de administración, disposición y conservación, a causa de su especial posición y las reglas particulares de la institución donde actúe.

Veamos las diversas tergiversaciones de la doctrina en materia de administración y disposición, miradas desde el punto concreto de su relación con la venta de frutos. Seguiré la clasificación tradicional de teorías unitarias, dualistas, tripartitas y negativas, aparte de las doctrinas intermedias sobre la noción variable del acto de administración. La venta de frutos constituye quizá el banco ideal de pruebas para la verdad de tales teorías.

3. TEORIA CLASICA DEL ACTO AISLADO DE ADMINISTRACION

Aubry y Rau pasan por los primeros autores que han ensayado una construcción general sobre los actos de administración. Resulta curioso señalar que, dentro de una construcción poco rigurosa, hay en ellos notables intuiciones y un acusado sentido práctico (2).

(2) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil d'après la méthode de Zachariae*, 6.^a ed. (revisión de ESMEIN, con prefacio de BARTIN); en especial, note 1, pp. 621-662, t. 1. Esta teoría representa el primer esfuerzo interesante de tipo sintético. TRASBOR (*L'acte d'administration en droit privé français*, Bordeaux, 1921) señala que antes de ella sólo hay progresión inconsciente e inacabada, desprovista de sistematización (p. 58). Entre las fuentes y autores anteriores cabe citar las Coutumes de París y de Bordeaux, Dumoulin, D'Argentré, Coquille, Loisel, Domat, Brodeau, Laurière, Bourjon y Pothier.

En tiempos recientes ha reaparecido la teoría de AUBRY y RAU en el Congreso de Notarios franceses, celebrado en 1956, a propósito de un estudio sobre «El estatuto jurídico del menor y el anteproyecto del Código civil». La nota final del informe introductorio señala que la distinción clásica entre administración y disposición ha perdido mucho valor, pues el desarrollo de los derechos de goce

Las opiniones de estos autores suelen considerarse desdeñosamente como superadas; se olvida que esta falta de actualidad no proviene sólo de defectos técnicos, sino que la propia sociedad para la que escribieron ha visto sustituida su estructura económica. En una sociedad preindustrial no resaltaban claras las dificultades para aplicar modos de pensar propios del Derecho romano. Y la idea de la *gestio* romana aparece en estos autores, como sucede más tarde en Bonfante.

En suma, la intención de Aubry y Rau es dar la máxima amplitud posible a la administración en la tutela, institución respecto de la que se plantean el problema de las facultades del administrador. Llegan a una fórmula de índole práctica: el tutor debe poder realizar cuanto sea necesario o útil para la gestión del patrimonio tutelado. Con esta fórmula, la cuestión relativa a la venta de frutos desaparece entre los diversos actos permitidos al administrador. No se afrontan las posibles dificultades técnicas para su justificación.

La reacción frente a esta teoría surge por la necesidad de limitar precisamente las facultades del administrador, con el fin de evitar sus excesos. Pero la posterior transformación económica ha llevado a un nuevo deseo de ampliación, en especial con el desenvolvimiento de las sociedades mercantiles. La diferencia fundamental entre estas tesis recientes y la de Aubry y Rau consiste en que estos últimos preceden a las tentativas de distinción científica entre tipos de actos, mientras que en las últimas posiciones hay escepticismo o liberación frente a las teorías afirmativas.

Aubry y Rau se fijan sólo en la actividad administrativa, se centran en la persona del administrador. Por eso se desprecian de considerar la naturaleza del acto. Los defensores contemporáneos de posiciones negativas creen que dicha naturaleza debiera proporcionar el criterio para decidir sobre las facultades del administrador; como no es posible resolver sobre cualquier situación en función de un esquema lógico, concluyen que la distinción es insegura y conduce al casuismo.

Por todo esto, carece de significado que Aubry y Rau hayan prestado atención sólo al acto aislado de administración. Esto es resultado simplemente de no creer que la naturaleza del acto pueda ser útil para decidir sobre las facultades de administrador. Estos autores permanecen en un estadio previo a toda complicación teórica. Por lo cual, no resulta posible hablar, ante el escepticismo reciente, de regreso a una posición primaria, que, en realidad, no ha previsto el modo de utilizar criterios técnicos de distinción.

hace que lo que parecía en otras ocasiones un acto de gestión correcta, dé lugar hoy a importantes movimientos de capital, previstos o no por la ley. El informe de KUIJK, sobre la protección de los bienes del menor en Derecho neerlandés, señala que es erróneo el método de todo legislador que, a fin de proteger los intereses del menor, distingue entre actos de administración y de disposición; tal contraposición es económica, no jurídica; toda legislación que establece la distinción resulta incompleta para proteger al menor; debe bastar que se trate de una gestión para autorizar la realización de un acto. Esta posición coincide con la sostenida por la jurisprudencia francesa hasta principios de siglo.

4. TEORIA DUALISTA DE LA IDENTIFICACION ENTRE ACTO DE ADMINISTRACION Y DE CONSERVACION

La teoría unitaria es, sin duda, primitiva. Desde el momento que aparece una contraposición de actos, tenemos ya el germen para el perfeccionamiento técnico. Sigue, al principio, que la distinción entre los distintos tipos de actos se realiza de modo inadecuado. La consecuencia consiste en la inseguridad de la barrera. Es decir, no se trata sólo de que las facultades de los diversos administradores difieran y que éstos se hallen en situaciones jurídicas muy variadas. Ocurre además que el concepto técnico de los actos es impreciso, por lo que no puede aplicarse correctamente para distinguir.

La confusión entre acto de administración y de conservación es una de las más difíciles de salvar. Veremos después cómo persiste incluso en teorías tripartitas ampliamente desenvueltas. No puede sorprender que incurra plenamente en tal defecto una teoría contemporánea de las tesis tripartitas más importantes, pero de formulación más imprecisa. Aludo a la teoría de Nast, quien, a propósito del régimen matrimonial de comunidad, confunde las categorías de los actos de administración y de conservación y contrapone ambos a los de disposición (3).

Creo que la razón del error de Nast reside en lo que cabe calificar de acierto aparente: Su distinción entre explotación normal y anormal, que le sirve para separar los actos de administración y disposición. Se trata evidentemente de una contraposición económica, no jurídica. Esto le lleva a confundir administración y conservación, puesto que ésta se ejerce, sin duda, para mantener la normalidad. Sólo que no existe explotación. Al no existir explotación dentro de la actividad conservativa, la venta de frutos es propiamente un acto de administración. Pero su naturaleza no difiere profundamente de la propia del acto conservativo, existiendo, en cambio, separación clara respecto del acto de disposición.

Se observa en Nast que tampoco ve claramente actos jurídicos, sino que se fija en una actividad. Por eso, el acto que llama conservativo no lo es verdaderamente, porque figura integrado en una serie de actos. Si Nast, en lugar de considerar primordialmente la comunidad matrimonial de bienes, hubiese contemplado la empresa mercantil, habría visto clara la distinción entre acto de conservación y actividad

(3) La concepción de NAST se halla expuesta en su revisión del tomo VIII del *Traité pratique* (principalmente núms. 593 y 594) de PLANIOL y RIPERT. También ha expresado sus ideas en un comentario judicial (*Note sous Paris*, 23 diciembre 1936, D.P., 1938-2-85).

Similar posición sustenta LE BARON (*L'acte d'administration en droit civil français*, tesis, París, 1916), quien considera el acto de conservación como la forma primaria del acto de administración, como remedio preventivo de una pérdida eventual. Este acto, por su legitimidad y falta de peligro, puede realizarlo quien sólo tenga una expectativa sobre los bienes, puesto que tal acto debe tener efecto útil y no supone gastos importantes.

conservativa. La conservación de la empresa se realiza mediante una serie de actos, conservativos, administrativos y dispositivos; puesto que resulta necesario vender mercancías para mantener la empresa en funcionamiento. Esta coincidencia en un fin, no impide tener naturaleza propia a cada uno de los actos que concurren a realizarlo.

Aunque los identifique en su naturaleza jurídica, Nast advierte la posibilidad de distinguir conceptualmente entre actos de administración y de conservación; pero cambia de método, para fijarse sólo en consecuencias aparentes cuando contrapone ambos actos a los de disposición. Apurando la distinción conceptual, habría visto que la venta de frutos queda fuera del acto conservativo, pero supera también la línea final del acto administrativo. No hay conservación en ella; pero, tampoco, explotación. Porque la explotación es un acto previo, que permite precisamente *disponer* del fruto.

Nast acaba reconociendo que, en definitiva, los actos de administración y disposición no son más que medios variados para realizar un mismo acto jurídico. Sigue así, en efecto, si se emplean criterios puramente económicos y se salta, sin justificación adecuada, de un criterio conceptual de distinción a otro de calificar los actos por sus resultados. Sin duda, si se parte caprichosamente de que el acto de disposición es *anormal*, la venta de frutos no puede ser dispositiva.

5. TEORIA DUALISTA DE LA IDENTIFICACION ENTRE ACTOS DE ADMINISTRACION Y DE DISPOSICION

Frente a esta teoría defectuosa, que confunde los planos lógicos y prácticos, la otra teoría dualista importante, la de Goldschmidt, se desenvuelve con notable coherencia. Sólo que deja de lado lo puramente conceptual y se entrega sin reserva a las consideraciones prácticas. El inconveniente reside en que no logra una justificación adecuada, pues soslaya las dificultades, en lugar de resolverlas.

Para este autor las nociones de administración y disposición se hallan confundidas en la vida jurídica, siendo imposible encontrar en ella un acto donde no figuren mezcladas las nociones de administración y disposición, pues dicha vida consiste en un cambio continuo de valores que salen de un patrimonio para entrar en otro. Esta perspectiva priva de interés cualquier intento de calificar precisamente un acto como de administración o de disposición, puesto que la contraposición resulta privada de sentido. Lo único claro consiste en que no se trata de actos puramente conservativos.

El secreto de la concepción de Goldschmidt se descubre fácilmente al desenvolver su posición en forma de nociones variables del acto de administración. Aquí se advierte el notable avance teórico que supone la construcción de Goldschmidt, en comparación con otra teoría a la que cabe asimilarla por su primitivismo, la de Aubry y Rau. Al no ver diferencias intrínsecas entre los actos jurídicos, Goldschmidt en-

cuenta necesario justificar la diferente aptitud de los administradores para realizar conductas concretas. Como considera inútil distinguir por la naturaleza de los actos, establece una clasificación basada en los distintos tipos de administradores. Distingue entre: administradores de patrimonio ajeno que obran bajo el control del propietario de este patrimonio; administradores de patrimonio ajeno que no obran bajo el control del propietario del mismo, y administradores de su propio patrimonio, titulares de los bienes administrados (4).

Se ve claro que Goldschmidt no se fija en actos concretos, sino en el conjunto de la actividad administradora. La clasificación que realiza es meramente descriptiva, fundada sólo en la consideración de una parte del problema, la posición del administrador respecto de los bienes administrados. Esta limitación de los datos a considerar repercute en la inseguridad de sus soluciones; ha de limitarse a dar criterios muy generales, con inevitable caída en un casuismo estéril.

En el tema de la venta de frutos, la solución de Goldschmidt es variable. La venta de frutos puede ser acto de administración o de disposición, según las circunstancias. Poco importa que se la califique en uno u otro sentido, pues la distinción entre ambos tipos de actos es irrelevante. El problema consiste sólo en si el administrador puede o no realizar tal acto.

Resulta confortador que se nos recuerde, en mitad del camino, que debemos resolver el problema que nos hizo emprender la marcha. Pero lo que necesitamos es descubrir los medios de solucionarlo, no la mera reiteración del problema. Entonces hemos de recurrir al estudio completo de los tres elementos fundamentales del mismo, que he formulado al iniciar mi exposición: la naturaleza del acto, la posición del sujeto y las reglas de la institución dentro de la cual actúe el sujeto. No puede servirnos para la solución el limitar el problema a considerar la posición del sujeto, pues esto equivale a entregarnos inertes al caos de la realidad. Todo lo contrario de lo que supone una auténtica actividad científica.

(4) La obra de GOLDSCHMIDT (*L'acte d'administration en droit civil français*, tesis, París, 1898) ha sido calificada por TRASBOT (*ob. cit.*, p. 118) como ausencia de principio erigida en principio. En realidad, GOLDSCHMIDT se limita a dar criterios generales para decidir sobre las facultades del administrador. El administrador de patrimonio ajeno, si obra bajo el control del propietario del mismo, debe tener amplias facultades para realizar cualquier «acto ventajoso» para el patrimonio. Sus facultades son aún mayores si no obra bajo el control del propietario; al ser éste incapaz de expresar su voluntad, el administrador debe poder realizar cuantos actos podría cumplir el propietario, salvo los prohibidos por la ley. El concepto de «acto útil» es el que sirve de guía para precisar las facultades de este tipo de administrador, quien sólo se encuentra categóricamente excluido de realizar los actos que expresamente enumera la ley como eliminados de su esfera de acción. En el caso anormal de un titular de su propio patrimonio que ve restringidas sus facultades de administración por hallarse en situaciones especiales (quiebra, prodigalidad, etc.), este administrador sólo puede realizar los actos permitidos por la ley; en caso de duda, debe utilizarse el criterio del «acto del buen padre de familia», considerado legal y jurisprudencialmente como arquetipo de persona especialmente cuidadosa en su manera de actuar.

6. TESIS DE LA VENTA DE FRUTOS COMO ACTO DE CONSERVACION

Las anteriores teorías presentan poco interés para la calificación técnica de la venta de frutos como acto de administración o de disposición, ya que no consiguen distinguir adecuadamente entre tales tipos de actos. El interés surge cuando aparecen teorías tripartitas, que ensayan una separación clara de tipos de actos.

Entre estas teorías perfeccionadas hay una en la que apenas merece la pena detenerse. Es la sostenida por el belga Laurent, teoría llamada «tripartita de carácter objetivo y absoluto», la más antigua en la fecha entre las teorías tripartitas y también la más primitiva en cuanto a la técnica jurídica (5). Se trata de una teoría rígida, que atiende al criterio de existir o no enajenación para distinguir entre actos de administración y de disposición. En los primeros no existe enajenación y sí en los segundos. Las consecuencias son igualmente radicales: el administrador de los bienes ajenos sólo puede realizar actos de administración respecto a ellos; los actos de disposición quedan excluidos de su esfera de actividad por implicar enajenaciones.

Una teoría tan primitiva y simplista apenas merece consideración especial. El único motivo para hacerla consiste en indagar cómo soslaya la caracterización de la venta de frutos, dado su radicalismo en cuanto al concepto de enajenación. El curioso expediente empleado por Laurent para dar una solución consiste en calificar la venta de frutos como acto de conservación: es decir, que sitúa esta venta como fenómeno independiente, que no encaja en la oposición o antinomia «enajenación - no enajenación».

La utilización de tal expediente tiene una explicación lógica. La primera teoría tripartita, como las posteriores, se apoya en la contraposición entre el acto y el patrimonio. Advierte que el apoyo en la persona del administrador, por su carácter subjetivo, conduce necesariamente a soluciones variables. Busca un fundamento objetivo y cree encontrarlo en la contraposición entre el acto y el patrimonio. La venta de frutos no produce disminución del patrimonio, sino que permite obtener dinero para sufragar los gastos de conservación del mismo y obtener nuevos frutos. Por lo cual no debe considerarse como acto de enajenación en sentido técnico. Lo que permite al administrador realizarlo sin dificultades, de acuerdo con las consideraciones prácticas.

En realidad, Laurent podía haber recurrido tanto al acto de administración como al de conservación. Le habría bastado el primero, de haber llegado a un concepto más elaborado del mismo, como se observa en las doctrinas posteriores. Pero su rígida contraposición, basada en la enajenación, empobrece las nociones de disposición y administración. Por lo cual recurre al tercer tipo de actos.

No es ahora el momento para realizar una delimitación precisa del

(5) LAURENT, *Principes de droit civil français*, 2.^a ed., t. II, núms. 304 y 305, Bruxelles, 1878-1903.

acto de conservación, sin duda necesaria por la habitual vaguedad de la doctrina (6). Pero conviene recordar que la zona de fricción aparece especialmente señalada en los supuestos donde la conservación depende del hecho de realizar actos de disposición. El caso típico es el de la empresa mercantil, que requiere realizar ventas para mantenerla en funcionamiento. Estos aparentes conflictos lógicos provienen de confundir el acto en concreto y el conjunto de la actividad. El resultado de conservación no se produce como consecuencia del acto aislado, sino como resultado de una serie de actos. El acto aislado conserva su naturaleza propia, la cual no cambia por el hecho de sumarse a otros muchos para obtener un determinado resultado. La teoría de Laurent falla en cuanto a la explicación técnica de la venta de frutos, porque no distingue entre el acto aislado de venta y la actividad conservativa del administrador, realizada mediante una serie de actos de diverso tipo.

7. TEORIA TRIPARTITA DE TRASBOT

Ofrece más interés el examen de una teoría tripartita verdaderamente técnica, como es la formulada en Francia por André Trasbot, antiguo Decano de Burdeos. Esta tesis funda su apoyo en una teoría general de la interpretación del Derecho, la de Gény, de gran influencia en ese momento. Su fundamento científico da un doble carácter a la construcción de Trasbot, abstracta y natural al propio tiempo. Pertenece a la vez al «reino del concepto» y a la realidad jurídica (7).

La tesis de Trasbot reviste carácter finalístico o teleológico. El acto de administración se propone asegurar la conservación y la puesta en valor normal del patrimonio o de uno o varios de sus elementos, en condiciones legalmente determinadas y bajo amenaza de sanción apropiada. La puesta en valor anormal caracteriza el acto de disposición. Puede observarse que, pese a las aspiraciones tripartitas, la contraposición verdadera la encuentra Trasbot entre administración y dis-

(6) Intento establecer criterios generales en mi ob. cit., núms. 81 a 90. La empresa mercantil es probablemente la institución ideal para centrar el problema. También resulta curioso examinar la distinción entre la obligación de conservar y los actos concretos mediante los que se realiza en el contrato de depósito, donde la cuestión ha sido también muy insuficientemente estudiada, pese a las diversas teorías formuladas sobre la diferencia entre custodia y conservación (como las de BRUCKNER, desde el punto de vista de la finalidad; GLÜCK, TUNC y WINDSCHEID, en razón del objeto; OSTI y Bo, por la naturaleza jurídica; GRECO, respecto de la relación jurídica).

(7) La obra de TRASBOT figura ya citada en la nota 2. La de GÉNY es *Science et technique en droit privé positif*. En la edición de 1922, la teoría de la construcción jurídica figura en especial, con sus alusiones al «reino del concepto», en I, pp. 113 y 114. La tesis de TRASBOT contiene una primera parte de carácter histórico. La segunda, dividida en cinco capítulos, examina sucesivamente el objeto sobre el que recae el acto de administración, el agente que lo realiza, la finalidad del acto, sus condiciones de ejercicio y las sanciones que pueden recaer sobre el administrador que no las respeta.

posición. La administración puede desdoblarse en propiamente dicha y conservación. Esta ausencia de perfecta claridad, en un autor que pretende ser tan lógico, justifica el error de la teoría más primitiva de Laurent.

Prescindamos de esta confusión, al parecer casi inevitable, entre conservación y administración para valorar otros aspectos de la construcción de Trasbot. De manera más explícita que Laurent, Trasbot apoya su distinción entre acto de administración y disposición en la comparación del acto con el patrimonio. Considera a éste como un elemento estable u objetivo, en contraste con la inseguridad que proporciona la persona del administrador. En consecuencia, rechaza el acto aislado como susceptible de proporcionar una noción científica.

Consideremos resultados. El criterio definitivo para distinguir entre acto de administración y de disposición consiste, para Trasbot, en el carácter normal del primero, frente al anormal del segundo. Es decir, que el resultado de una teoría fundada en altas consideraciones jurídicas provenientes del «reino del concepto» consiste en refugiarse en una perspectiva psicológica para decidir, al margen de la precisión y fijeza típicas de los conceptos jurídicos.

La consideración psicológica lleva a contemplar los sujetos. Entonces Trasbot distingue según la relación del sujeto con su patrimonio. El titular del patrimonio lo utiliza con libertad para satisfacer sus necesidades. Por el contrario, el no titular se ve limitado en razón de lo que deba considerarse como uso normal, puesto que ha de conservar el patrimonio para quien es su legítimo titular.

Última consecuencia importante: Ningún acto puede calificarse de modo absoluto como de administración o disposición; todo depende de características que se injertan dentro de la noción del acto mismo (8). Vemos cómo una teoría que pretende la máxima objetividad desemboca en el subjetivismo y el casuismo más extremados. Ello es consecuencia de la utilización inadecuada de los elementos que se le ofrecen. Esta teoría no consigue distinguir precisamente los tres puntos fundamentales: naturaleza del acto, posición del sujeto, reglas de la institución.

La confusión de elementos repercute en la calificación arbitraria de la venta de frutos. Esta es calificada de acto de administración prescindiendo de toda fundamentación de tipo jurídico. Trasbot invoca simplemente la razón psicológica de que es un acto normal de conservación y puesta en valor del patrimonio; reforzado este supuesto fundamento técnico con la consideración optimista, y evidentemente extrajurídica, de que cada uno sabe distinguir lo normal de lo que no lo es. Resultado curioso que hace totalmente innecesario el aparato técnico que intenta fundamentarlo.

(8) Esta importante afirmación figura en la p. 198 de su tesis.

8. TESIS DUALISTA DE VERDOT

La teoría de Verdot, la última tesis francesa importante en esta materia, tiene su apoyo principal en la de Trasbot, aunque también recibe la influencia de Goldschmidt. Estas influencias se reflejan en la ambigüedad de la distinción entre administración y conservación, así como en la relevancia atribuida a la persona del administrador, pese a invocar el fundamento objetivo de la noción de patrimonio (9).

Verdot ensaya una solución artificiosa para salvar el obstáculo de aplicar las naciones de actos de administración y disposición a los supuestos tan variados que nos ofrece la realidad jurídica. Rechaza la noción absolutamente variable por desprovista de carácter científico; pero encuentra una solución intermedia mediante una doble noción del acto de administración. El acto de administración en sentido amplio se aproxima al acto de disposición, mientras que el estricto se asimila al de conservación.

La influencia de Goldschmidt se revela especialmente en el hecho de poner en relación estos dos conceptos de actos de administración con la posición del administrador respecto del patrimonio administrado. El acto de administración en sentido amplio corresponde a la administración de su patrimonio por una propietario capaz, sea directamente o por medio de representante. La jurisprudencia interpreta ampliamente las facultades del titular de la administración en cuanto a la realización de tales actos; considera suficiente su utilidad, o el carácter ventajoso u oportuno, aparte de nociones psicológicas en cuanto a la finalidad del acto. En cambio, los Tribunales extremán sus precauciones cuando se trata de proteger el patrimonio de un incapaz. Surge entonces la necesidad de utilizar una noción restringida del acto de administración, que asegure ante todo la conservación de los bienes administrados.

La objeción más elemental que suscita esta teoría consiste en la razón de ceñirse a dos nociones del acto de administración, una vez rota la unidad de la figura. Esta motivación no puede ser técnica, sino que hay el simple deseo práctico de evitar diluirse en un casuismo absoluto. Las dos nociones delimitadoras, conservación y disposición, proporcionan la oportunidad de justificar la clasificación.

Tal justificación no puede convencer, puesto que conduce a ella la falta de rigor técnico y de examinar la cuestión desde las perspectivas más generales. Como en el caso de Trasbot, no se distingue bien entre naturaleza del acto, posición del sujeto y reglas de la institución. Desde un punto de vista técnico, resulta adecuado utilizar nociones como las de naturaleza jurídica, situación jurídica de un sujeto, insti-

(9) RENÉ VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, París 1963 (aunque la tesis es de AIX-EN-PROVENCE, publicada primero privadamente en 1960). La teoría propia de VERDOT figura en el capítulo III de la segunda parte (pp. 237 a 281). La obra finaliza con un breve capítulo de conclusiones (pp. 283-285).

tución jurídica. Logrado el enfoque jurídico adecuado, cabe discutir sobre la manera de utilizar las referencias psicológicas o económicas, como las de utilidad, ventaja u oportunidad.

Resulta curioso que Verdot llame «acto de gestión» al de administración entendido en sentido amplio, mientras que califica al estricto como «acto de simple administración». Es la eterna confusión entre acto de administración y actividad administrativa. En definitiva, se comprende que el administrador puede realizar en ciertas ocasiones actos que exceden del concepto propio del acto de administración. Como se parte del prejuicio de que el administrador sólo puede realizar actos de administración, se desvirtua la noción del acto en lugar de considerar la especial posición del sujeto y las reglas de la institución.

La venta de frutos es siempre acto de administración para Verdot. El interés consiste en que puede ser acto de simple administración. Entonces se revela claro que la última «ratio» para justificarla consiste en que el patrimonio se mantiene intacto. Lo que no supone novedad respecto a otras tesis tripartitas, ni tampoco aporta una especial justificación técnica.

9. TEORIA TRIPARTITA DE FERRARA

Pasamos ahora a un autor donde resulta especialmente clara la justificación teórica, el italiano Ferrara (10). Se trata de una tentativa para lograr una noción unitaria de los actos de administración. Lo consigue mediante el expediente de reducir prácticamente su investigación a la figura del tutor, que considera como el modelo ideal o tipo de administrador. Las desviaciones que encuentra en otras figuras las justifica porque hay en ellas algo más que administración pura. Con lo que consigue la tranquilidad necesaria para mantener la fe en su definición de los actos de administración.

Ferrara compara también el acto con el patrimonio, con el fin de obtener fijeza al apoyarse en una noción firme. Dentro del patrimonio, Ferrara hace una distinción fundamental, que tiene importantes consecuencias para la caracterización de la venta de frutos. Este autor no plantea el problema respecto de este acto concreto, sino en general, respecto de los diferentes tipos de enajenaciones. En el patrimonio hay

(10) FRANCESCO FERRARA («senior»). Tiene diversos trabajos. Los más importantes y originarios son los contenidos en *Il Filangieri*, 1903, II, pp. 337, 417 y 513, bajo el título «Gli atti di amministrazione». Hay también el estudio sobre «Atti di amministrazione», publicado en sus *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1954; en el vol. I de su *Trattato di diritto civile italiano*; en su artículo «L'emmisione della cambiale e gli atti di amministrazione», Riv. Dir. Comm., 1908, II, 56. Presentan especial interés sus controversias con BONFANTE, que mantiene una posición de gran amplitud, al estilo romano. Este autor, en la p. 493 de su artículo «Il concetto di atto di amministrazione e il contratto di assicurazione dell'inabilitato», Riv. Di. Comm., 1905, pp. 409 y ss., afirma que «El único límite clásico para cada una de las esferas indicadas de la verdadera *administratio* o *libera administratio* era la prohibición de las enajenaciones a título gratuito».

dos tipos de elementos, los estables y los variables. La enajenación de los primeros nunca es lícita al administrador, que debe conservar la sustancia del patrimonio administrado. En cambio, puede disponer libremente de los elementos variables para mejor realizar su función administradora. Esta no se refiere a conservar la unidad estática del patrimonio, sino a mantenerlo en actividad.

Esta solución es consecuencia de la noción general del acto de administración, el cual se caracteriza, en opinión de este autor, porque, sin alterar la integridad del patrimonio, va dirigido al mantenimiento, fructificación y mejora del mismo. Por consiguiente, la administración consiste en el tratamiento regular y normal de patrimonio. Esto excluye cualquier acto que pueda resultar directa o indirectamente lesivo de la integridad del patrimonio; los poderes del administrador legal encuentran su límite en la prohibición absoluta de enajenar la sustancia de la cosa administrada y de realizar cualquier acto innovador que, aun pudiendo resultar ventajoso, contenga también, desde un punto de vista hipotético, la posibilidad de una pérdida.

Todo lo expuesto revela que se trata de una construcción absolutamente coherente. Las objeciones no deben hacérsele desde el punto de vista interno, sino por los resultados que consigue. Ferrara cambia las nociones estrictamente jurídicas de los actos de administración y de disposición con el fin de justificar la posibilidad de enajenaciones por el administrador, sin necesidad de permisos especiales. Pero su construcción es insuficiente, porque la ampliación de las necesidades, como consecuencia del desarrollo de la vida mercantil, lleva al administrador contemporáneo a realizar libremente actos que exceden de la estrecha definición de Ferrara. Entonces surge el dilema de rechazar la posibilidad de tales actos, lo que resulta perturbador para el tráfico jurídico, o admitir que el administrador puede realizar también auténticos actos de disposición, con lo que el artificio de Ferrara se revela innecesario. No era, pues, preciso sacrificar las características normales de la venta de frutos como acto de disposición para justificar que el administrador pueda realizarla.

Otra objeción elemental contra la teoría de Ferrara deriva del hecho de apoyar su definición en una sola institución jurídica, la tutela. Cabe admitir una definición abstracta, al margen de todas las instituciones: la preferencia por una determinada ha de calificarse necesariamente como caprichosa. Por otra parte, la tutela se refiere a un supuesto de representación legal, lo que conduce al olvido de los problemas planteados por la administración originada en un negocio jurídico.

10. LA TEORIA INTERMEDIA DE MIRABELLI

La tesis de Ferrara ha recibido múltiples ataques de quienes desean adaptar las facultades del administrador al moderno desenvolvimiento económico. No puede sorprender que una noción de actos construida

sobre la base de la tutela parezca insuficiente a quienes contemplan el problema desde la perspectiva de las sociedades mercantiles.

El primer ataque importante proviene de Bonfante, quien es partidario de una amplitud semejante a la «libera administratio» clásica. Este ataque no ofrece gran interés, porque no busca una noción nueva de los actos de administración.

Los autores posteriores, como D’Orazi, se orientan en el sentido de incluir la administración extraordinaria dentro de los actos de administración hasta borrar los límites de la categoría. El escepticismo late en diversos autores que se han ocupado incidentalmente de la cuestión en la época de la redacción del nuevo Código, o poco después. (Así, Natoli, Santoro-Passarelli, Messineo, Stolfi, Betti). Otro autor interesante es Redenti. Coincide casi con Ferrara en su noción de la administración extraordinaria, pero, en contraste con él, desea dilatar todo lo posible la capacidad del administrador (11).

Mirabelli merece lugar destacado entre los autores que desean ampliar la capacidad del administrador. Este autor se preocupa primordialmente de encontrar los motivos por los que la ley prohíbe ciertos actos al administrador, o le exige que obtenga especiales autorizaciones. Encuentra que la ley no se inspira en la naturaleza del acto para exigir o no el complemento de autorizaciones, sino en la existencia o ausencia de riesgo para el patrimonio (12).

Según esta teoría del riesgo, la ley se preocupa primordialmente en la administración de mantener la integridad del patrimonio administrado, excluyendo o condicionando la realización de cuanto sea susceptible de dañar esa integridad o pueda ponerla en peligro. Los actos en sí no pueden considerarse como libres o limitados, sino que la distinción debe hacerse contemplando el riesgo que la realización de los mismos significa para el patrimonio.

La fórmula general de Mirabelli es la siguiente: Cuando la actividad de un sujeto es tomada en consideración por la ley en función de la administración de un patrimonio, le son impuestos al sujeto límites más o menos profundos en el cumplimiento de tal actividad; en algunos casos, los límites se establecen por referencia a la distinción entre actividad de ordinaria y de extraordinaria administración; otras veces, el administrador puede realizar muy pocos actos; hay supuestos en

(11) El artículo de BONFANTE figura citado en la nota anterior. En cuanto a otros autores: ASCOLI, *Parte generale del diritto privato francese* (trad. de CROME, 217, nota a). Este autor ataca especialmente las observaciones de FERRARA sobre la conservación de la sustancia del patrimonio. D’ORAZI: *Gli atti di amministrazione e l’acquisto nell’interesse dei minori*, Ann. Univ. Camerino, XV, 1941, 183 y ss. En cuanto a las obras generales citadas: SANTORO-PASSARELLI, *Istituzione di diritto civile*, Napoli, 1945, I, p. 1950. MESSINEO, *Manuale*, Milano, 1946, I, p. 146. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 54. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 295. Obra especializada es la de NATOLI, *L’amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1947, p. 144 y ss. Finalmente, REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931, p. 257.

(12) MIRABELLI, *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, vol. 3, pp. 351 y ss., Bologna, 1953.

que el administrador apenas tiene posibilidades de acción. Lo único cierto, concluye este autor, es que la suma de las actividades libre y limitada del administrador coincide con la esfera total de conducta que un sujeto puede adoptar respecto de un patrimonio.

Esta teoría desea encontrar un criterio unitario para decidir sobre las facultades del administrador. Pero intenta encontrarlo fuera del acto mismo. Esto constituye nueva prueba del fracaso de fórmulas, como la de Ferrara, que ensayan la definición del acto de administración por referencia al patrimonio. Pero conduce a un resultado aún más caótico, al fundarse en un elemento estrictamente económico. Por otra parte, contradice las soluciones legales en muchos supuestos. Por ejemplo, el menor emancipado puede enajenar libremente los muebles, que pueden constituir prácticamente su patrimonio; mientras que el art. 317 de nuestro Código civil limita sus facultades para enajenar un inmueble, con independencia de que su valor sea insignificante respecto del patrimonio total. Resulta demasiado cómodo criticar la ley por anticuada; lo verdaderamente técnico consiste en hallar una fórmula que no ceda ante tales contradicciones.

11. LA TESIS NEGATIVA DE LOJACONO

La teoría de Mirabelli busca todavía un criterio unitario de distinción para decidir cuándo el administrador necesita autorizaciones especiales para realizar ciertos actos. Este criterio se funda en la noción de riesgo, la cual es susceptible de medida por comparación del acto con el patrimonio. Pero las posibilidades de cualquier noción unitaria desaparecen con Lojacono (13).

Este autor revela que el apoyo en el patrimonio resulta insuficiente para lograr una noción unitaria. El patrimonio se halla muy lejos de suponer un dato invariable. El apoyo en el mismo supone considerarlo como un elemento permanente. Pero la realidad revela que hay tipos muy diferentes de patrimonios: la referencia al patrimonio conduce inevitablemente a que el mismo acto difiera según el tipo de patrimonio con el que se lo relacione. Incluso con referencia al patrimonio en general, como ficción legislativa tendente a dar unidad a los derechos y obligaciones de una persona o a proporcionar una base unitaria para la responsabilidad patrimonial, resulta inútil la confrontación del acto, puesto que si el patrimonio es invariable, lo sujeto a modificación será necesariamente el acto. De manera que será imposible obtener una noción unitaria de este último.

La conclusión general que obtiene Lojacono, ante la imposibilidad de obtener una noción unitaria del acto de administración, consiste en limitarse a investigar las razones por las que la ley exige autorizaciones especiales para que el administrador pueda realizar ciertos actos. Esta

(13) LOJACONO, *Enciclopedia del Diritto*, voz «Amministrazione» (atti di), vol. II, pp. 152-167.

necesidad no se funda en la naturaleza del acto. Los mismos actos son considerados en unos casos como normales de administración, mientras que otras veces los estima la ley como de alcance excepcional. La actividad de quien administra encuentra límites muy variables; a veces, queda reducida a cero; en otras ocasiones, la actividad del administrador resulta casi asimilada a la del propietario del bien o patrimonio gestionado. La administración se encamina a la conservación de la integridad patrimonial; esta conservación debe ser dinámica, se refiere a la potencialidad económica del patrimonio. Tal reflexión elimina definitivamente el interés de cualquier clasificación fundada en la naturaleza de los actos.

Las observaciones críticas de Lojacono deben ser consideradas en general como acertadas. Hay que resaltar como especialmente valioso en su crítica el hecho de que elimina el apoyo tradicional en el patrimonio de las teorías clásicas de signo tripartito. Dichas doctrinas utilizan este fundamento con el fin de lograr un concepto unitario de los diferentes tipos de actos, tras haber descartado por su inseguridad el apoyo subjetivo en la persona del administrador. Pero Lojacono muestra que el fundamento en el patrimonio es igualmente inseguro, y origina también definiciones variables. Esta crítica tiene en mi opinión valor definitivo, por lo que el apoyo en el patrimonio debe ser descartado en lo sucesivo si se pretende lograr una definición unitaria de los diversos actos (14).

El aspecto constructivo falta totalmente en Locajono, pues cree haber realizado una crítica de toda posible construcción unitaria respecto a los diferentes tipos de actos. En realidad, ha criticado la teoría clásica dominante con la que se enfrentó. No hay por qué atribuirle valor profético o creer que ha escrito unos prolegómenos a toda teoría posible de los actos de administración. Por eso, desde un punto de

(14) Por esto, tampoco me parece válida la doctrina de GITRAMA, el autor español que más se ha ocupado de los actos de administración. La expresó ya en 1950, al principio de su monografía sobre «La administración de la herencia en Derecho español». Durante el curso de 1970-71 pronunció una conferencia de carácter general sobre actos de administración en el I. C. N. de Madrid, donde mantiene su anterior concepción ligeramente perfilada; son de esperar nuevos estudios de este autor. Su posición tiene el mérito del equilibrio, dentro de la concepción tripartita. Aspira a una noción unitaria del acto de administración, suficientemente amplia para referir a ella los actos de tal carácter que aparecen en las distintas instituciones jurídicas. Considera (pp. 18-19) el de administración como «el acto jurídico que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio». Esta definición precisa más que la de FERRARA, y evita el defecto de integrar los actos de conservación dentro de los de administración. Pero recurre, como los otros autores tripartitos, a la comparación del acto con el patrimonio. Así, considera acto de disposición la venta si recae sobre el capital, mientras que la estima acto de administración si concierne sólo a los rendimientos del mismo. En consecuencia, la venta de frutos es, para él, acto de administración. Esta tesis bien construida merece, igual que las demás clásicas, el reproche de LOJACONO por su apoyo inseguro en el patrimonio.

vista diverso, cabe formular una nueva teoría de los actos de administración. El mismo Lojacono debe reconocer la utilidad de una fórmula unitaria, si ésta fuese posible. Sólo que no cree en tal posibilidad.

12. NUEVA DEFINICION DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACION

Punto previo para calificar la venta de frutos como acto de administración o de disposición debe ser el establecer una teoría general sobre tales actos. En efecto, si se consideran preferibles las tesis negativas, resulta indiferente la calificación del acto, puesto que las categorías son estériles. Y no es posible recurrir a las teorías clásicas si se estima que han sido refutadas por el estudio de la realidad jurídica.

El propósito común de todas las teorías formuladas sobre los actos de administración, sea cual fuere su solución, consiste en saber si el administrador puede o no realizar determinados actos sin necesidad de autorizaciones especiales. Entonces, dejándose influir, incluso las doctrinas que pretenden ser objetivas, por la figura del administrador, se ha creído hallar una noción unitaria permitiendo realizar libremente al administrador actos de administración, y excluyéndole en cambio de realizar actos de disposición.

La realidad jurídica ha revelado que esta contraposición radical es insostenible. Un ejemplo típico donde se quiebra la contraposición es el de la venta de frutos, acto dispositivo que puede realizar normalmente cualquier administrador. Entonces la doctrina clásica ha rectificado la noción jurídica del acto de administración, y ha encontrado que el concepto no debe basarse en el acto en sí, sino en su significado para el patrimonio. Cuando este fundamento se ha derrumbado, la consecuencia ha sido la volatilización de la figura unitaria de los actos de administración.

En mi opinión, como he señalado al iniciar esta exposición, el error radica en utilizar la noción de actos de administración para obtener un resultado que no es posible lograr sólo con la noción de tales actos. En la realización de cualquier acto jurídico deben considerarse tres elementos fundamentales: la noción del acto, la posición del sujeto y las reglas de la institución. Dos de ellos, la posición del sujeto y las reglas de la institución son esencialmente variables. Si también lo es la noción de los actos, sobrevendrá el caos. Y, sin embargo, necesitamos esa noción unitaria para poder compararla con los diversos tipos de actos.

La noción unitaria no puede ser encontrada en la realidad jurídica, puesto que el acto de administración aparece deformado por la posición del sujeto y las reglas de la institución. Por eso Ferrara ha logrado una noción unitaria al fijarse en una sola institución, la tutela. Y ha tenido que reconocer que los caracteres puros no se daban en otras instituciones, lo que ha explicado cómodamente diciendo que el administrador

era en tales ocasiones algo más que simple administrador. Lo que constituye un reconocimiento implícito de las diferencias ocasionadas por la posición de los sujetos y las reglas de la institución.

Es preciso diferenciar la actividad del administrador y los actos que realiza. El administrador gestiona el patrimonio, con el fin de conservarlo y hacerlo fructificar. Sus poderes son extremadamente variables, según que se trate de administrador de bienes propios o ajenos, y según el origen voluntario o legal de su llamamiento. En consecuencia, tiene facultades diversas para realizar actos de administración, disposición y conservación. No resulta excluido categóricamente de realizar actos de disposición; todos los administradores, en mayor o menor grado, pueden realizar actos de disposición. Luego no es necesario cambiar la naturaleza de un acto para que el administrador pueda realizarlo.

13. LA VENTA DE FRUTOS COMO ACTO DISPOSITIVO

Creo que empiezan a perfilarse claras las razones por las que considero que no debe modificarse la naturaleza jurídica de la venta de frutos como acto dispositivo. La estimación de la venta de frutos como acto de administración obedece a simples consideraciones de sentido común. Pero en una investigación científica hay que saber sobreponerse a las tentaciones vulgares del sentido común, que pueden llevar a consecuencias inesperadas.

Todos los autores que se han enfrentado con la actividad del administrador han deseado facilitar su labor, aunque en bastantes haya pesado poderosamente el deseo de evitar que su actuación se convierta en peligrosa. El límite del peligro se ha situado tradicionalmente en los actos de disposición. La venta de frutos no es un acto peligroso en sí misma considerada; puede serlo por las condiciones en que se realice o por el empleo que el administrador dé posteriormente a la cantidad obtenida; pero esto pertenece ya al capítulo de la responsabilidad del administrador, que también puede derivar de actos inadecuados de conservación.

Se considera que la venta de frutos forma parte normal de la actividad administrativa, y, por tanto se le atribuye carácter de acto de administración. Existe aquí un salto lógico improcedente. El acto de administración es el realizado con el propósito de obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles. Pero es preciso considerar también la operación jurídica mediante la que se consigue el producto. La obtención de los frutos constituye acto puro de administración. La venta de los mismos pasa a actividad dispositiva. El empleo del dinero obtenido con la venta puede constituir acto de administración o de disposición.

En el terreno estricto del sentido común parece que no existe ningún obstáculo para calificar la venta de frutos como acto de administración. Constituye el complemento lógico de la actividad de producirlos, puesto

que se supone que la producción es realizada para el propio consumo o para la venta. Pero si consideramos un acto cualquiera de disposición en sentido jurídico como acto de administración por motivos económicos o de sentido común, igual razón habrá para descalificar cualquier otro acto de disposición, y el resultado, según vimos, es sólo el caos y la desaparición de las categorías.

El problema es fundamentalmente de método. Se trata de decidir si interesa que subsistan las categorías de los actos. En caso afirmativo, se hace imprescindible emplear un método adecuado para que tales categorías puedan aparecer claramente diferenciadas.

Es preciso recordar que el fenómeno de la administración se produce en instituciones muy variadas. La administración no es sólo legal, como parecen creer algunos autores; la voluntad del titular de los bienes puede modificar libremente las características de la administración convencional. Sólo mediante un concepto fijo de los actos de administración y de disposición, obtenido *a priori*, podemos penetrar en las diversas instituciones con la posibilidad de examinar completamente sus características y las modificaciones que se producen por la diferente posición del administrador.

Principio fundamental es siempre el de diferenciar adecuadamente entre actividad administrativa y serie de actos mediante los que se realiza; los cuales pueden ser de administración, de conservación y de disposición. La conceptualización adecuada de cualquiera de ellos, entre los que figura la venta de frutos, revela que no se confunde la actividad con los medios de realizarla.

14. CONCEPTO LEGAL DEL ACTO DE ADMINISTRACION

En otro lugar he establecido el concepto de los diversos tipos de actos en una forma muy simplificada. Reproduzco aquí estas definiciones (15): El acto de conservación es un acto debido, que no deja libertad de elección y se encamina a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia. El acto de administración es el realizado con el propósito de obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles. El acto de disposición es aquél por el que se transfiere, se grava, se extingue, un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica.

Estas definiciones son muy simples y pretenden mantenerse dentro del criterio de distinción entre actividad de administración y actos concretos mediante los que se realiza. Surge la cuestión de si estas definiciones se hallan en contraste o de acuerdo con el concepto legal de los actos de administración.

En primer lugar, como es sabido, este concepto legal no existe. Por otra parte, la función de la doctrina consiste en crear conceptos jurídicos.

(15) Para quien deseé realizar la confrontación, estas mismas definiciones se hallan en el núm. 159, pág. 305 de mi obra citada.

cos, mientras que las leyes se ocupan de regular instituciones jurídicas. En todo caso, habría que examinar si estas definiciones se hallan de acuerdo con el sistema general de nuestra legislación.

En rigor, ese problema no se puede plantear, porque mis definiciones son apriorísticas. Es decir, que se trata, de una parte, de categorías naturales, puesto que se refieren a los modos diversos de comportarse un sujeto frente a la realidad jurídica, considerada ésta desde una especial perspectiva. De otra parte, las categorías son lógicas, como esquemas generales de actividad. Luego interviene el Derecho positivo para establecer su regulación. He descartado que se pueda llegar a categorías generales y unitarias mediante el estudio de la realidad jurídica, puesto que los actos jurídicos aparecen en ella deformados por la diversidad de las instituciones y la variada posición de los sujetos frente a las mismas.

Establecidos estos presupuestos, cabe considerar el problema que plantea la referencia general del art. 1.713 del Código civil respecto del acto de administración. Contrapone el mandato concebido en términos generales, que sólo comprende los actos de administración, al expreso, requerido para los actos de riguroso dominio. Este precepto parece referirse a un concepto general del acto de administración en nuestro Derecho, e incluso prejuzgar su carácter.

Debe tenerse en cuenta que estas reglas están pensadas sólo para la representación voluntaria, dentro de la cual es decisiva la voluntad del *dominus*. Puede éste conceder a su arbitrio las facultades que el mismo posea y que no exijan su ejercicio personalísimo. Por consiguiente, puede especificar exactamente los actos permitidos al administrador. Por ejemplo, en relación con el supuesto que examinamos, el de venta de frutos, cabe que el *dominus* encargue a una persona las actividades de producción y a otra distinta la venta de los frutos obtenidos. El precepto expuesto da reglas para el caso de que la voluntad del mandante no sea suficientemente clara. Entonces contrapone los actos de administración en sentido general a los de riguroso dominio. La interpretación del poder debe realizarse mediante la conciliación entre las más altas facultades de administración y la conservación de los bienes por el mandante.

En todo caso, se trata de un problema de interpretación de la voluntad en un supuesto de administración de origen voluntario, por lo que la solución obtenida no puede trasladarse a otras instituciones jurídicas. De esta interpretación dependerá que la venta de frutos, pese a ser acto de disposición, pueda ser incluida en unas facultades amplias de administración; o deba, por el contrario, ser excluida de la actuación del representante, en atención a los términos del poder. En todo caso, sólo se pretende establecer un límite, asegurando la conservación del patrimonio. No se decide sobre las facultades concretas del administrador, cuestión esencialmente interpretativa (16).

(16) Debe señalarse que en esta materia predomina la Jurisprudencia restrictiva. Así, la S. de 27 febrero 1948 considera inexistentes los actos ejecutados por

15. LA ADMINISTRACION EN LA TUTELA

Acabamos de ver que la referencia legal a la administración, aunque sea de carácter muy amplio, no puede utilizarse en una institución distinta a la referida. Veamos ahora lo que sucede con un construcción doctrinal de la administración basada en una sola institución. Examinaré sucesivamente dos tipos distintos de administración, una de carácter restringido y otra de carácter amplio: la tutela y las sociedades mercantiles.

La tutela es la institución utilizada por Ferrara, según él mismo reconoce, como base para formular una noción general de los actos de administración. El propósito de Ferrara es dilatar en lo posible las facultades del administrador. El procedimiento utilizado consiste en dar una noción lo más amplia posible del acto de administración. Esto es consecuencia del prejuicio inconsciente según el cual no puede el administrador realizar libremente más que actos de administración. El resultado es que Ferrara considera acto de administración cuanto pueda realizar libremente el administrador sin necesitar autorizaciones especiales. Vemos, pues, que este autor coincide con los defensores de teorías negativas, que han creído refutarle, en el hecho de centrar el problema en las autorizaciones. Entonces encuentra Ferrara que el tutor administrador realiza ciertos actos de disposición en sentido jurídico, como sucede con la venta de frutos. Como, según sus principios, sólo puede realizar libremente actos de administración, obtiene la consecuencia de que tales actos son de administración. Para justificar que el administrador pueda realizar otros actos útiles, recurre al mismo expediente. Así surge su teoría sobre la posibilidad de vender los elementos no estables del patrimonio.

Los inconvenientes surgen al trasladar su teoría a otras figuras jurídicas. Veremos después el caso extremo de las sociedades mercantiles. Hablemos ahora en términos generales. Ferrara ha escogido como tipo o modelo una administración de carácter restringido. Al enfrentarse con figuras más amplias de administración, hay que elegir entre mantener el concepto limitado de administración o renunciar a la categoría. Escoge la primera solución, en tanto que las tesis negativas prefieren la segunda.

Dentro de la mentalidad de Ferrara, la explicación consiste en que hay algo más que administración en tales instituciones jurídicas. Esta es una solución demasiado cómoda. Se olvida este autor de que ha tergiversado desde el primer momento el problema al desfigurar el acto de administración. Ha contemplado un supuesto, la venta de frutos, donde todo administrador se halla facultado para realizarla. Ha escogido el camino de cambiar el carácter del acto, porque, según él, sólo

el mandatario sin facultades para realizarlos. Aunque la S. de 16 de marzo 1951 señala que sólo al mandante corresponde acusar de extralimitación al mandatario, la de 1 junio 1953 estima que carecen de eficacia los actos realizados por el mandatario con abuso de poder.

puede el autor realizar libremente actos de administración. La consecuencia ha sido desfigurar la categoría. Siquiera por agotar las posibilidades de la lógica, se hace necesario ensayar la otra solución. Esta consiste en que el administrador, pese a su nombre, puede realizar libremente no sólo actos de administración en sentido jurídico, sino también de disposición. Sus posibilidades para ello diferirán según los tipos de administración. Antes de examinar la cuestión en general, veamos el otro caso extremo de administración, el referente a las sociedades mercantiles.

16. ADMINISTRACION Y DISPOSICION EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

El supuesto de las sociedades mercantiles pide una administración lo más amplia posible. Es preciso partir de la semejanza con el tipo más amplio de administración individual, aunque con las salvedades necesarias por tratarse de una personalidad jurídica. El tipo más amplio de administración es el realizado por una persona capaz respecto de sus propios bienes. En cuanto a ella, no se concibe la necesidad de utilizar las teorías generales sobre administración y disposición, ya que sólo puede verse limitada por los principios actuales sobre el uso social de la propiedad. Sin embargo, esta impresión encierra algo engañoso. Lo cierto es que respecto del propietario capaz, las teorías sobre los actos de administración, disposición y conservación funcionan en el sentido más puro. Es decir, que no hay que esforzarse por transformar la estricta naturaleza jurídica de tales actos, puesto que el propietario capaz puede realizarlos todos. Es aquí, y no en la tutela, donde se encuentra la noción pura de los actos de administración, disposición y conservación. Por eso, el problema de la representación voluntaria se reduce a indagar la voluntad del representado. En el caso normal del propietario que concede a otro el ejercicio de facultades, debe partirse de que puede concederlas todas, salvo las personalísimas. Por tanto, el problema consiste en cuáles le ha transferido efectivamente. La intervención de la ley se limita a establecer presunciones.

Estas consideraciones sirven de adecuada introducción para el problema administrativo de las personas jurídicas. Estas son propietarias de sus bienes, como el propietario plenamente capaz. Por su falta de individualidad física, precisan que personas naturales actúen por ellas. Tales personas son órganos de la persona jurídica, constituyen un medio necesario para su actuación en la vida jurídica, puesto que la actuación de la persona jurídica mediante representantes individuales de carácter ocasional presupone la existencia de órganos estables que obren normalmente por la persona jurídica.

En consecuencia, el administrador de la persona jurídica debe tener la máxima amplitud de facultades, ya que las limitaciones derivan del especial tratamiento que reciben las personas jurídicas en una orga-

nización determinada. Las Asociaciones sufren una serie de limitaciones de carácter político o sociológico. Las Sociedades mercantiles, en especial las anónimas, gozan de amplia libertad en los régímenes de economía liberal. Las limitaciones respecto a ellas se conciben como derivadas de la concepción del propio Derecho sobre las personas jurídicas, originadas por el reparto de facultades dentro de la Sociedad Anónima y provenientes de la función atribuida al objeto social como delimitador de la esfera de actividades de la sociedad (17).

Este modo simple de concebir las cosas revela el error cometido en dos direcciones distintas por la doctrina reciente. En primer lugar, no es necesario modificar el concepto puro del acto de administración para que puedan realizarlo los Administradores, puesto que éstos gozan de la máxima libertad, como el propietario capaz, para realizar actos de disposición, salvo las limitaciones que derivan de las particularidades enunciadas. La segunda cosa innecesaria consiste en utilizar un concepto amplio del acto de administración, creado especialmente para estos entes, en otras instituciones jurídicas, puesto que las reglas de las mismas han de ser inevitablemente distintas.

17. ESQUEMA GENERAL DE INSTITUCIONES

Hemos examinado el problema de los actos de administración y de disposición en tres instituciones jurídicas distintas: la representación voluntaria, la tutela y las sociedades mercantiles. En cada una hemos hallado diversos tipos de administración, fórmulas que no cabe utilizar fuera de ellas. Estos resultados pueden hacer pensar si la solución del problema de los actos de administración y de disposición consiste en

(17) En toda esta materia hay diferencias muy marcadas entre las diversas legislaciones. No es el momento de realizar aquí su examen. Quiero sólo recordar que, por lo que se refiere a la concepción del propio Derecho sobre las personas jurídicas, los puntos extremos de tensión se plantean entre la teoría realista y la de la ficción, puesto que las tesis negativas no pueden sostenerse, una vez que el legislador ha decidido atribuir personalidad a ciertos entes. En cuanto al reparto de facultades dentro de la Sociedad Anónima, el sistema alemán y el holandés se inclinan por el equilibrio de facultades entre la Junta General, el Consejo de Administración y el Comité de Vigilancia; pero el sistema español, como el francés anterior a la ley de 1966, se inclina por la predominancia de la Junta General. Esto puede ocasionar que se limiten las facultades independientes del Consejo de Administración; pero, aparte de los supuestos en que la propia finalidad de la Sociedad exija realizar libremente una serie de actos de disposición, debe tenerse en cuenta la presunción de validez de los actos que los Administradores realicen dentro de lo que constituye el giro o tráfico de la empresa. Esto se relaciona estrechamente con el tercer criterio de distinción, puesto que las legislaciones modernas se clasifican también por el modo de limitar el objeto la actividad social, con la conocida distinción entre el sistema inglés del «ultra vires», el alemán y el italiano. En nuestro sistema, las discusiones persisten en las obras más recientes, como los «Estudios de Derecho Mercantil», de M. DE LA CÁMARA y las «Sociedades Anónimas», de A. BÉRGAMO. Anteriormente, la S. de 5 noviembre 1959 y las R.R. de 24 febrero 1923, 6 diciembre 1954 y 5 noviembre 1956 se citan como exponentes de la tendencia a dar capacidad general a la Sociedad.

establecer un concepto distinto para cada institución jurídica. Así habría un casuismo extremo, aunque de carácter necesariamente limitado.

Conocemos, según la exposición de doctrinas realizada en las páginas precedentes, diversas soluciones de tipo casuístico. Desde la más limitada de Verdot, con su doble noción del acto de administración, a la noción pluralista de Goldschmidt, con su noción variable. Aparte de las posiciones que volatizan la noción misma de los actos, como la intermedia de Mirabelli o la negativa de Lojacono. A partir de las instituciones, cabría establecer analogías y matizaciones hasta reducir tipos o establecer gradaciones de actos.

El expuesto sería un modo falso de solucionar la cuestión, y, sin embargo, constituye una última consecuencia del modo de enfocar el problema las diversas doctrinas. En efecto, si reducimos las cosas a un esquema lógico, cabe buscar el concepto del acto de administración fuera de las instituciones o dentro de ellas. Escojamos el segundo camino, como en realidad ha hecho toda la doctrina hasta hoy. Primera solución es la de tomar el tipo de acto de administración que sugiere una determinada institución y darle carácter general. Es lo que ha hecho Ferrara con la tutela y pretenden hacer hoy otros con las sociedades mercantiles. Pero estas tesis no resisten el contraste con otras instituciones. Entonces surge la desconfianza, e imperan las doctrinas negativas. Nacería una solución atenuada al establecer tantos tipos de actos de administración como instituciones jurídicas.

Tal esfuerzo es completamente inútil, y resulta mucho más sencillo y verdadero replantear el problema. Las facultades de los administradores son diversas porque las instituciones difieren entre sí. Matizando más, un administrador puede hallarse en distintas posiciones jurídicas dentro de una misma institución, por lo que sus facultades diferirán según las circunstancias. Pero el concepto del acto de administración debe ser único, y el medio para conseguir la unidad consiste en establecer ese concepto fuera de las instituciones jurídicas, como una noción apriorística. Administración, disposición y conservación constituyen los tres tipos de actos que puede realizar una persona frente a la realidad jurídica, considerada ésta desde una especial posición jurídica. Mis definiciones anteriores de los distintos actos responden a este enfoque primordial o puro.

Por tanto, no hay que esforzarse por obtener una clasificación especial de las instituciones jurídicas desde el punto de vista de los actos de administración. La clasificación es la normal utilizada por la ciencia jurídica, con las adaptaciones que precise la evolución histórica. Pero sólo podremos comprender bien la diversidad de las instituciones en materia de administración y disposición si partimos de una noción pura o apriorística de tales actos. Porque entonces resplandecerá que la diversidad reside en ellas mismas, y no proviene de un acto que cambie de piel en cada *avatar* de sumersión en las instituciones.

18. CONCLUSION

Creo que ahora podemos ver claro por qué la venta de frutos constituye el banco de pruebas ideal para las diversas teorías sobre los actos de administración y de disposición. Caben las mayores diversidades en cuanto a las posibilidades de realizar las personas diversas clases de actos. El quebrado ve incluso excluida su posibilidad de realizar actos de administración (18). Los administradores de Sociedades Anónimas dedicadas a la venta inmobiliaria pueden vender libremente los inmuebles que integran el patrimonio de la Sociedad. Pero en todo administrador existe la posibilidad de vender frutos, salvo el supuesto de representación voluntaria con distribución por el *dominus* de las facultades administrativas. Por tanto, había una tentación máxima de cambiar la naturaleza jurídica de tal acto para conceptuarlo como de administración. Y los diversos autores han sucumbido a la tentación.

Esta transformación jurídica parecía sin consecuencias, porque se trata evidentemente de un acto que el administrador puede realizar sin necesitar autorizaciones especiales. Pero el resultado ha sido cambiar toda la concepción sobre los actos de administración y disposición, y considerar que los primeros comprenden todos los que el administrador puede realizar sin necesitar autorizaciones especiales. Como las autorizaciones difieren según las instituciones jurídicas, la catástrofe inevitable ha consistido en que el concepto unitario de los actos de administración y de disposición ha desaparecido. Entonces se ha reprochado inadecuadamente a la ley la confusión, puesto que no cabe establecer soluciones unitarias donde la ley misma invita a distinguir.

Efectivamente, la ley misma invita a distinguir en materia de instituciones jurídicas. Pero se inhíbe sobre la definición de los actos, y reconoce así la legitimidad de actuación de la doctrina en éste terreno. La doctrina, en lugar de utilizar esa libertad, vuelve a la ley en busca de ayuda. Y utiliza la ley de modo caprichoso, intentando encajar las soluciones de una institución en las de otra, o considerando sólo aquellas instituciones que a cada uno le parecen convenientes para su tesis.

Todo procede de un falso planteamiento, y éste se revela claro por primera vez en materia de venta de frutos. Se ha querido utilizar la clasificación de los actos jurídicos como el único criterio para decidir si una persona puede o no realizarlos. Tal posibilidad, sin embargo, no depende sólo de la naturaleza del acto, sino de la posición del sujeto y de las reglas de la institución. Establezcamos una noción unitaria, de carácter fijo y al margen de las instituciones, de tales actos, y podremos estudiarlos adecuadamente. Por el contrario, la ausencia de dicha noción nos imposibilita para realizar un estudio completo de la diversidad de

(18) Esto por lo que se refiere a los bienes comprendidos en la masa de la quiebra. Cabe su actuación en otros supuestos, porque no se convierte en incapaz. Así, por ejemplo, puede asistir a Juntas de Sociedades, actuar en defensa de su honor o reclamar derechos de indemnización por causa de muerte.

las instituciones y de la posición de los sujetos. Las soluciones serán así rígidas, e inadecuadas para el caso concreto.

En una situación moderna de gran confusión sociológica se reprochó a un juez que su primera solución injusta, al olvidar que tenía ante sí a un semejante, condujo a todas las demás. Así sucede en materia de actos de administración y de disposición. La conceptuación equivocada de la venta de frutos como acto de administración conduce a considerar acto de tal carácter todo el que puede realizar libremente el administrador, confunde la actividad administrativa con los actos que la realizan, e introduce el caos en la disciplina jurídica de la materia. Esperemos que el restablecimiento del concepto técnico de tal venta lleve a los resultados contrarios.

Análisis y concordancias del proyecto de código civil de 1821

MARIANO PESET REIG

A mi hermano José Luis

I. ACERCA DE LA CODIFICACION

Hace algunos años, recuerdo una conversación sostenida con un buen amigo y gran jurista, que achacaba a los historiadores del derecho su escaso conocimiento de los problemas jurídicos. Aquello me hizo pensar. ¿Tenía razón? ¿No la tenía? Creo que ello importa poco; desde luego, expresaba una opinión difundida entre los juristas que ven muy lejanos a sus preocupaciones los estudios de historia jurídica. Es evidente, que a los historiadores puros les acontece tres cuartos de lo mismo. Y en calidad de jurista e historiador —de híbrido entre dos facultades— he procurado saber en todo momento a quién pretendo dirigir mis trabajos, qué busco, qué intento. Procuro preguntarme, antes de empezar a elaborar y redactar, hacia qué lectores me dirijo. Otra cosa es que mis trabajos sean leídos o no; cuestión que supone tan amplio planteamiento que prefiero dejarla por ahora.

Efectivamente, los historiadores del derecho tenemos una deuda con los juristas, que se quejan por no haberles preparado y dispuesto los materiales que más directamente les interesan. Las leyes o las instituciones de la época contemporánea, que les atañen esencialmente para comprender los textos y las realidades entre las que se mueven. Es decir, los precedentes más inmediatos —la codificación o los cambios jurídicos liberales— que pueden llevarles a explicar mejor las situaciones en que se encuentran inmersos. Traigo ahora a su consideración un proyecto inacabado de código civil —el primero en España de que tengo noticia— e intento dar cuenta de él, de su significado y elaboración. Tarea menor, aunque sea costosa, porque toda investigación positiva y profunda tiene que cercenar deseos de más elevadas aspiraciones. Una aportación, un paso...

La codificación es un fenómeno complejo, amplio, de enormes consecuencias... Durante el siglo XVIII, la Europa racionalista y absolutista empieza a preocuparse de sus leyes. La ilustración y los monarcas creyeron encontrar en la ordenación del derecho romano y nacional unos resortes de poder y, si se quiere, unos medios para impulsar la fe-

licidad y la prosperidad de sus súbditos. La codificación ilustrada es esencialmente centroeuropea, pues los cultivadores del derecho natural en el siglo XVII —Grocio, Pufendorf, Thomasius...— florecieron por aquellas zonas. Los códigos bávaros o el prusiano pertenecen a esta etapa, como es bien sabido; Austria también promulga el suyo dentro de este ambiente, pero en el año 1811, cuando ya Francia había iniciado la segunda etapa de este proceso: la codificación liberal.

La aparición del *Code civil* de 1804 reviste una importancia grave. Unos nuevos principios políticos, una nueva concepción de la vida se presentan a Europa desde los artículos de su texto. Pronto será recibido e imitado; se redactan códigos basados en sus ideas y perfecciones. Se impone directamente en muchos territorios dominados por Napoleón, en diversos lugares o reinos de Europa, en la forma exacta que tenía. Luego empiezan a redactarse sus descendientes. Luisiana, en 1808, lo recoge añadiéndole algunas leyes españolas, aunque la versión que conocemos es la reelaboración de 1825, por lo que las analogías carecen de valor para nuestro proyecto; después, en 1819, se forman los de Dos Sicilias y el cantón suizo de Vaud... Y a nuestro efecto basta, pues Cerdeña u Holanda son de 1838.

Pues bien, este amplio movimiento también se recibe en España. Ya los códigos ilustrados, especialmente el federiciano de Prusia había suscitado deseos en nuestro setecientos, que no pudieron llevarse a realidad (1). La iniciativa francesa de 1804 repercutiría a partir de la guerra de la independencia y de la caída del antiguo régimen. ¿Cómo no habían de soñar los liberales españoles con imitar a Francia? En las cortes de Cádiz, se establece la necesidad de codificar en el artículo 258 de la constitución de 19 de marzo de 1812; incluso antes hubo propuestas. Mas no fue posible. Durante el trienio —segunda época liberal —aquellos deseos gaditanos se confirman; desde la primera legislatura hay intenciones y propuestas para reanudar la tarea interrumpida en sus primeros pasos. En otra ocasión (2) he estudiado los aspectos externos de la codificación durante estos años. Se amplía el número de códigos, se nombran las comisiones...

(1) Sobre la expansión de la codificación francesa y los nuevos códigos puede verse L. ARRAZOLA, *Enciclopedia española de derecho y administración*, IX, 1856, páginas 347-424, también la obra de VERLANGA y MUÑIZ que cito en la nota 5. No he podido manejar en esta ocasión el Libro del centenario del *Code*, en donde se encuentran numerosas indicaciones. En general, los historiadores del derecho se ocupan de su propio país a este respecto, véase para Italia, A. PERTIELE, *Storia del Diritto italiano*, 2.^a ed., vol. II pte. II, Turín 1898, 477-493.

Recientemente me he ocupado de la codificación ilustrada en España, en «Una propuesta de código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori» *Homenaje a Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols. Valencia, 1974, II, 217-260; también J. R. CASABÓ RUIZ, «Los orígenes de la codificación penal en España: el proyecto de Código criminal de 1787», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, XXII (1969) 313-343.

(2) Véase «La primera codificación liberal en España (1808-1823)» *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVIII (1972) 125-157.

La comisión de código civil —que ahora nos interesa— fue designada en sesión de 22 de agosto de 1820 (3), integrada por Garely, Cano Manuel, Silves, Cuesta, San Miguel, Hinojosa y Navarro. Trabajaron tan rápidos que en sesión de 19 de junio de 1821 pudo leerse el discurso preliminar con las intenciones y el esquema, por boca de Nicolás María Garely. La legislatura siguiente oyó en octubre una parte del texto que se mandó imprimir (4). Los trabajos no siguieron adelante, pues otras atenciones reclamaban a estos hombres, singularmente al más destacado de ellos, que era Garely. Pero aquel impreso, aquellas páginas del discurso preliminar y los artículos de que consta el proyecto inacabado, serán objeto primordial de esta investigación. Sus soluciones, sus influencias, sus intenciones...

El *Proyecto de Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta Nacional. Año de 1821*, es la primera huella de nuestra codificación civil. Sus 476 artículos componen la segunda parte de este impreso, divididos en un *título preliminar*, artículos 1-33, y el resto formando los comienzos de la *Parte primera*. Esta, que se titula *De los derechos y de las obligaciones*, debía tener tres libros; a saber: «Libro primero. De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general» —arts. 34-276, en ocho títulos—, «Libro segundo. De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas» —arts. 277-476, con cuatro títulos— y el «Libro tercero. De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas», que no llegaría a redactarse. Como tampoco la *Parte segunda*, que había de denominarse *De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones*, con otros dos libros. Esta primera caracterización externa creo que es suficiente para iniciar mi exposición. Tiempo habrá de precisar con más detalle la sistemática (5).

(3) *Diario de Cortes*, 1820, sesión 22 de agosto, I, 610, en que aparece alguno más, que no figura después en el proyecto. De estos comisionados me ocupó del que parece ser el principal, Nicolás María Garely. De los demás apenas he encontrado algunas referencias, sobre Martín de Hinojosa, E. ESPERABE DE ARTEAGA, *Historia pragmática e interna de la Universidad de Salamanca*, 2. vols. Salamanca, 1917, II, 17, 64, 682; A. VIDAL Y DÍAZ, *Memoria histórica de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1869, pág. 595; de él, como autor, entre otros, del proyecto salmantino para la reforma de las universidades, me ocupé en M. PESSET REIG, «La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)» *Anuario de Historia del derecho español*, XXXVIII (1968) págs. 279 y ss. De Cano Manuel hay alguna referencia en F. MONTELLS Y NADAL, *Historia del origen y fundación de la Universidad de Granada*, Granada, 1870, pág. 826, pero más datos en la *Enciclopedia Espasa*, t. XI, pág. 167.

(4) *Diario de Cortes*, 1821, sesión 19 de junio, III, pág. 2354. También *Diario de Cortes*, 1821-1822, comisión, I, 293, lecturas 255, 273, 276, 332 y 357.

(5) Las fuentes utilizadas en este estudio han sido: en primer lugar el texto que se analiza, el *Proyecto de Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas*. En

I. CARACTERES DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL

Visto como surgió aquel intento de renovación de nuestro derecho civil, me permitiré algunas consideraciones internas sobre el mismo, antes de pasar a su descripción y contenido. Es una obra curiosa, hábilmente trazada, a pesar de que se pueda señalar algunos defectos, debidos a la premura con que se trabajó. Es una obra muy doctrinal, con gran atención a las definiciones y a la sistemática, al encadenamiento lógico de los preceptos.

Sobre todo, este fragmento de proyecto, se caracteriza por haber querido recoger en su seno las materias con una amplitud extraordinaria. No se conformaba a ser sólo una importación del *Code* —tampoco por sus contenidos— en orden a la delimitación del derecho civil. Aborda cuestiones públicas, desarrollando la constitución y, aunque no llegó a escribirse o al menos no se imprimiría, pensaba reunir toda la materia administrativa. Los preceptos de tipo procedural son también muy numerosos, sin duda, porque resultaba difícil —en este nivel de la historia— descartar los procedimientos civiles; los alcaldes y regidores, los párrocos y los jueces aparecen con mayor frecuencia en sus páginas, de lo que hoy estamos acostumbrados a ver.

No resulta difícil adivinar las razones que motivan a los redactores esta empresa tan amplia y ambiciosa. Creo que confluyen en ella tres sectores o influencias, que logran la indudable desviación respecto del *Code des français*. En primer lugar, hay aquí reflejos de *Novísima*

la imprenta nacional. Año de 1821, así como alguna vez el código penal de 1822, *Colección de decretos de las Cortes*, IX, 211-381. Para la *Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 12 de marzo de 1812*, he usado la edición de Valencia, 1836.

El *Code civil* y los otros franceses, a través de *Les six codes*, París, H. Langois fils et Cie, 1828, fundamentalmente. Los otros códigos los he manejado a través de las magníficas tablas de M. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code Français*, 4.^a ed., París, 1841, así como su traducción, que se completa, de F. VERLANGA HUERTA y J. MUÑÍZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los códigos civiles extranjeros*, Madrid, 1843, sólo excepcionalmente he acudido a comprobar algún texto. También los comentadores anteriores a la fecha del proyecto, Jacques de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, 4 vols. París, 1805 y C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5.^a ed., 15 vols., París, 1830; la primera es de 1811. Este último, con marcada influencia sobre el proyecto, lo he consultado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Valencia, mientras el primero lo busqué sin fruto en las Bibliotecas Nacional y de la Facultad de Derecho de Madrid, pudiendo, por fin, consultar el ejemplar de la Biblioteca Nacional y Universitaria de Estrasburgo, a través del servicio de préstamo interbibliotecario, de lo que debo dar gracias.

Todas estas fuentes van abreviadas en las notas por la frecuencia de su utilización; no repito las abreviaturas págs. o arts. cada vez, pues el lector entiende que me refiero a la primera si se trata de un texto, y a la segunda cuando los números pertenecen a un código o proyecto. Por último, ha de advertir que no intento imitar a F. GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, 4 vols., Madrid, 1852. Mis referencias pretenden una orientación selectiva, más que acumulaciones de textos análogos.

Recopilación o de *Partidas*; los viejos cuerpos legales tendían a regular totalidades, sin parcelar por códigos específicos. En segundo lugar, el ejemplo de los códigos ilustrados de Prusia y Austria también abogaban en este sentido y, por fin y en tercer término, la lectura de Bentham, de sus obras entonces muy difundidas por España, facilitaban este sentido de código amplísimo (6).

La duda primera que se ofreció a la Comisión fue la de conocer sus verdaderos límites para no traspasarlos, ni dejar dentro de ellos el menor vacío; duda a que daba lugar la resolución de las Cortes en el hecho mismo de haber nombrado distintas Comisiones para los *Códigos penal, de actuación o procedimientos, rural y mercantil* (7).

Y se lanzaron valientemente —con respeto de los otros— a asumir la tarea de no dejar demasiadas cosas fuera de la codificación. Según ellos —como para Bentham— toda ley es penal, en cuanto determina las acciones humanas creando derechos y obligaciones; sería mero consejo o promesa estéril, si no llevase aparejada la fuerza de su cumplimiento. Pero es evidente que la separación con el derecho penal no puede desconocerse, conforme a las órdenes de las Cortes, el artículo 258 de la constitución y el ejemplo de Francia...

A partir de esta inmensidad es menester acotar tareas. La primera distinción que hacen es entre un código interior y otro exterior, éste sobre los derechos y obligaciones que el individuo, como miembro de la sociedad, tiene respecto de las demás, «que están o pueden estar en relación con ella» (8). Código internacional basado en usos y costumbres.

(6) J. BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal, traducidos al castellano con comentarios por Ramón Salas*, 8 vols., París 1838; y *Principios de legislación y de codificación, extractados...* por Francisco Ferrer y Valls, 2 vols. Madrid, 1834, son los que he tenido a la mano, y dado la generalidad de la influencia bentramiana, creo que es lícito a pesar de su fecha. Pero no podía menos de ocuparme de las fechas de introducción de este autor en España; por de pronto, puede verse propuesto para las universidades, aun sin nombrarlo, en M. y J. L. PESET REIG, «La enseñanza de la medicina durante el siglo XIX en España. El informe de 15 de septiembre de 1820 para la reforma de las universidades», *Medicina española*, LX (1968) 28-35, 98-105, o incluso antes, en el proyecto salmantino de 1814, M. PESET REIG, «La enseñanza del derecho y la legitimación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)» *Anuario de historia del Derecho español*, XXXVIII (1968) 280-294; así como otros datos en L. SILVELA, «Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles: expositor de su sistema en España» *Discursos R. A. Ciencias morales y políticas*, VII, Madrid, 1908, 52 ss.

Las primeras ediciones de Bentham son las de TORIBIO NÚÑEZ, en los años 1820 y 1821, que serían tal vez conocidas por los autores del proyecto, pero, en todo caso, su difusión y conocimiento se hizo en francés, con anterioridad. No he realizado el cotejo de estas ediciones, en relación con nuestro proyecto.

(7) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 3.

(8) Discurso *Proyecto* 1821, pág. 4; sobre esta división, J. BENTHAM, *Principios*, I, 204.

bres no escritos, propios de las naciones civilizadas; principio de reciprocidad, que sólo se modifica por tratados particulares o por excepciones dictadas por alguna nación para reformar el derecho de gentes, comúnmente recibido, como lo han hecho las cortes aboliendo el derecho de extranjería y otorgando asilo a los perseguidos por sus opiniones políticas (9).

El código interior, por su lado, tiene una raíz o fundamento en su *derecho constitucional*. Mediante la constitución se establecen las relaciones entre todos los individuos de una nación, se da existencia política a los poderes encargados de ejercer su soberanía, sus jerarquías y sus miembros. La ley es quien confiere derechos y obligaciones. La ley natural, anterior a la sociedad, confiere derechos, pero sólo si el legislador los atiende, se puede intentar una reclamación efectiva y completa de ellos. Es la ley positiva quien da vida a los derechos; «... y cuando prescribe estos derechos y obligaciones en grande, esto es de la sociedad para con todos sus individuos y al contrario, se llama muy propiamente *Ley fundamental*» (10).

De ella se derivan y emanan las leyes secundarias.

Si la Comisión del *civil* hubiese tenido el encargo de presentar un *proyecto del Código de leyes secundarias de la nación española*, habría adoptado tal vez la simple división de *Código civil* y *Código penal*...

Sin duda el *Código civil*, organizado bajo de estas bases, abrazaría como un apéndice parcial el que se titula de *comercio*, como un apéndice general el de *procedimientos civiles*. ¿Mas, por ventura, la legislación mercantil debe formar un muro de división o elevarse a la clase privilegiada contra la letra y espíritu de la ley fundamental? ¿Por ventura los *procedimientos* no son una continuación y complemento de la ley? (11).

En estos terrenos se conformaron a reducir sus pretensiones, pues los encargos de las cortes o la formulación del artículo 258 constitucional eran terminantes. Pero buscaron ensancharse hacia otros campos, con originalidad de planteamientos, pero con tan excesiva ambición, que su redacción hubiera sido cuestión de muchos años. Por ello, quedaría truncado, inacabado. Deciden redactar una parte administrativa, sobre el gobierno del reino y sus poderes ejecutivo y judicial. Quieren

(9) Se refería el proyecto al decreto de 28 de septiembre de 1820, *Colección*, VI, 152, su publicación orden de 19 de octubre, 153. En el decreto, artículo 1.^º, se manda: «El territorio español es un asilo inviolable para las personas y propiedades de toda clase pertenecientes a extranjeros, sea que éstos residan en España o fuera de ella, con tal que respeten la Constitución política de la Monarquía y las demás leyes que gobiernan a los súbditos de ella». Sobre emigrados, MALEVILLE, I, 21-27.

(10) Discurso preliminar del *Proyecto 1821*, pág. 5.

(11) Discurso preliminar, pág. 5.

además desenvolver las bases de la constitución —de esta parte se redactó algo— detallando los medios de hacerla efectiva, «a cuyo fin enumera los deberes del ciudadano para concurrir a la felicidad pública y al engrandecimiento del Estado; determina los medios de asegurar su libertad individual y la de sus propiedades...» (12).

Pero, ¿cómo hacerlo? ¿Copiar tan sólo el código francés o tener en cuenta el derecho propio? Precisamente es una de sus características el tino y proporción que supieron tener ante el dilema que entonces se presentaba a toda nación que empezaba a codificar. Realizar obra nueva con materiales nuevos y viejos. ¿Cómo lo hicieron?

Es difícil señalar con toda exactitud la forma de actuar y redactar. No existen datos, aun cuando debió trabajar especialmente Garely en ella. Afinar hasta el límite la proporción de contenidos y literalidades, no habiendo una interpretación auténtica —si se me permite la expresión—, como la de García Goyena, resulta imposible o, al menos, no ha llegado a tanto mi intención. Pero sí a perfilar algunos puntos. En el discurso preliminar se facilitan algunos datos genéricos de cómo iban realizando la tarea, pero sobre todo la comparación de textos permite llegar a algunas conclusiones.

El código francés —no podía ser menos— está presente en muchas de sus soluciones y en muchas de sus palabras. Tal vez, algunos de sus descendientes, aunque no he podido hallar prueba irrefutable. De los códigos no liberales o ilustrados, el austriaco de 1811 deja huellas, aun cuando en proporción muy menor que el *Code*; el proyecto es el inicio en el largo camino de afrancesamiento de nuestra codificación civil. Quizá la buena formación de Garely y sus compañeros —no hay que olvidarlo— hizo posible que la adaptación sea original y más apegada a nuestro derecho anterior; porque no creo que fuese la celeridad con que se hizo, que no les diera tiempo de penetrar en la finura y novedad que el *Code* suponía, aun cuando en algún caso pudo ser así. Por fin, en estas influencias vecinas no debe olvidarse la que sobre el proyecto posee el comentario de C. B. M. Toullier, a quien en repetidas ocasiones haré referencia; en cambio, el *Analyse raisonnée* de Jacques de Maleville, si entonces lo conocían y manejaban, no deja huella en el proyecto (13). No hemos de sorprendernos ante la inmisión del derecho francés en una época de racionalismo y superación de peculiaridades propias. Los liberales creen descubrir un derecho perfecto —final del romano y de las viejas costumbres— y nada reparan si éste viene de otro país, de la revolucionaria Francia.

(12) Discurso preliminar, pág. 6.

(13) Estas influencias las perfilaré a lo largo de las notas. En un tiempo, antes de su consulta, creí poder encontrar paralelos con Maleville, pero no parece que influyera; Garely lo conocía, aunque no puedo precisar desde qué fecha; alude a él en N. M. GARELLY, *Discurso pronunciado el día 2 de enero de 1844 en la apertura del Tribunal Supremo de Justicia por su presidente...*, Madrid, 1844, pág. 13. «¿Por ventura no acapañaron al civil francés, en su cuna misma, ocho volúmenes comprensivos de su espíritu...?».

No obstante, el fondo tradicional de nuestro derecho histórico se conserva en buena parte y, quizá en las zonas últimas no redactadas, se hubiera mantenido con mayor intensidad. Tienen palabras de loa para los viejos textos del derecho español, aunque no disimulan sus faltas y errores. Late en los redactores un espíritu jurídico nuevo, propio de una época nueva que se estremece con disgusto ante las soluciones antiguas, aun cuando estuviesen matizadas y suavizadas por la práctica.

La España no carece ciertamente de Códigos; y si la Comisión tratase de ostentar erudición y una vanidad estéril, podría demostrar aquí que después de la caída del imperio romano y consecuente irrupción de los bárbaros, y en la edad que se llama *media*, los tuvo muy superiores a los del resto de Europa. El *Fuero Juzgo* de una parte, y de otra las *Siete Partidas* responderán a la verdad de esa aserción, que no han podido menos de confesar los sabios imparciales de otras naciones, a pesar de su rivalidad. Pero contrayéndose la Comisión a su objeto, se limitará a manifestar la imperiosa necesidad de un nuevo *Código civil* en vista del estado de los actuales. Sin duda se hallan en ellos muchísimas decisiones de justicia y de utilidad tan notoria e inalterable que no podrían ser desatendidas sino por la frivolidad o el deseo de innovarlo todo. La Comisión se honrará prohijándolas; porque «en las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro dellas, ante que se parta de las otras (14).

Dice que la comisión hubo de examinar aquellas leyes con todo cuidado, pero sus bases eran muy distintas de la constitución de 1812. La representación, la división y equilibrio de poderes, la propiedad y la economía dan un giro tan marcado, que dejan aquellas leyes como absurdas y contrarias al fin del legislador. Reclaman la reforma de tantas leyes inútiles que nos afligen, que son demasiadas, debiendo liberar de ellas a los súbditos, reducido el legislador a sus verdaderos límites. La incoherencia, la oscuridad, la imprecisión de su lenguaje... Remedio para las incertidumbres en que vivían, por no saberse a ciencia cierta cuáles de ellas debían aplicarse antes o después, cuál era su prelación... (15).

(14) Discurso preliminar, pág. 11.

(15) Discurso preliminar, págs. 11-13. La opinión de Garelli contra las leyes patrias en sus palabras de la *Instalación de la Cátedra de Constitución en la Ciudad de Valencia, a cargo del Paborde D. Nicolás Garelli; bízola por orden de S. M. las Cortes y S. A. la Regencia del Reino el Jefe superior político de esta provincia D. Mateo Valdemoro, el día 15 de enero de este año*, Valencia, 1814, en donde arremete contra las leyes patrias que cimentan la tiranía y contra el régimen desde la virtuosa Isabel a Carlos IV, 27 ss., 24, 31. También, más moderado en su vejez, «Es indudable que poseemos un tesoro de gran valor en nuestros Códigos. Pero reina una anarquía difícil de describir y sumamente embrujada para el que ha de aplicar la ley en casos particulares.» Y, tras referirse

En fin, pocas luces más nos da el texto del proyecto. De modo directo no se refiere a sus fuentes, sólo dice que ha tenido en cuenta el derecho histórico y alguna vez alude a códigos modernos (16). Sólo de su estudio interno es posible señalar con más exactitud su intención.

Mi estudio no pretende haber agotado su análisis y comprensión. Más bien habrá de tomarse como preliminar a una tarea que requiere mayores desenvolvimientos y honduras: el estudio de la codificación civil española. Mi estudio posee, a mi parecer, tres niveles o dimensiones. Una descripción del texto articulado, y su doble conexión con el derecho propio y extraño. Tres puntos: proyecto, derecho anterior y derecho extranjero. *Partidas* —el derecho romano pocas veces lo considero directamente, por no complicar las notas y considerar suficiente su versión en el texto de Alfonso X— y *Novísima* fundamentalmente, se ponen en relación con esta primera pieza del proceso codificador español. El *Code Napoleón* y algún comentarista del mismo, son la clave para señalar las influencias extranjeras. Pero, el proyecto es el centro del trabajo, su descripción y la valoración de sus soluciones. He buscado y rebuscado las fuentes de sus 476 artículos, he confeccionado tablas comparativas, he ido resolviendo lagunas —otras no lo he logrado—. Cuando la adaptación es original, como en este caso, la tarea roza los límites de la adivinación; y no conviene traspasarlos. Por ello procuro apuntar, sugerir, contrastar, pero sin decidir muchas veces, salvo que sea muy clara la literalidad. ¿Acaso es posible determinar si recoge del código francés alguna solución o de otro de sus descendientes? Ante una concreta solución, ¿no es posible que sea romana, vía Pothier y *Code*, o que se haya recogido en *Partidas* o del mismo texto de Justiniano? No, llevar más adelante las conclusiones sería aventurado. Por lo menos, he intentado iniciar el estudio de la codificación española con análisis de fondos y contenidos; porque los datos externos del proceso codificador no son suficientes. Y paso a otro punto, sobre este proyecto del trienio.

II. EL AUTOR DEL PROYECTO

¿No dijimos que era una comisión? ¿No di, en su momento, los nombres de sus componentes? Sin embargo, un texto de la época progresista dirá que las cortes de 1821,

a los problemas de *Fuero Juzgo* y *Fuero Real*, la prefación de las fuentes y las variantes de ediciones, sigue: «Contrayéndonos únicamente a los volúmenes que forman nuestra inmensa y complicada legislación, abátese el ánimo más esforzado al recorrer su simple enumeración, aumentada con las colecciones de decretos posteriores. Esta situación reclama con urgencia que los trabajos de codificación proyectados por las Cortes de 1814, en los que avanzaron mucho las comisiones nombradas en 1821, 1832 y 1834, reciban su complemento de la que se creó a fines del año anterior...», N. M.^a GARELLY, *Discurso...* 1844, pág. 14 y 15.

(16) Discurso preliminar del *Proyecto 1821*, pág. 15, 27.

... confiaron la formación del código civil a personas ilustradas, entre las cuales se contó el señor Garely. La comisión desempeñó con tanto celo este trabajo, que ya en 1821 pareció impresa la primera parte del código, o sean los dos primeros libros, a fin de someterle a discusión. En estos dos libros y en el discurso preliminar, *obra uno y otro del señor Garely*, prohijada por sus colaboradores, se advierte una explicación juiciosa y sembrada de excelentes máximas legales, así de las bases adoptadas como del orden seguido en la comisión en sus tareas; se deja ver el respeto a nuestros venerables códigos antiguos y a las costumbres del país... (17).

Es verdad, que quien esto escribe ha tomado la noticia del mismo Garely, quien le facilita datos y noticias para que escriba su biografía; luego pudo saberlo con certeza. Y no creo que se atreviera a mentir, en cosa tan principal, en un año relativamente cercano a aquellos días de la comisión; habían transcurrido veinte desde 1821 y, personas vivas podían desmentirlo. Creo, por tanto, que debe tenerse por obra de Garely en sus líneas principales. Sólo de esta manera es explicable la celeridad con que se realizó: una persona que se destaca y trabaja, no unas discusiones prolijas. Garely, además, toma la palabra en las cortes, demostrando ser la cabeza de la comisión. Por otra parte, conta que tenía escritos algunos libros, entre ellos un manual contrapuesto a la *Ilustración del derecho real de España*, del también catedrático de Valencia Juan Sala; sin duda estos materiales pudieron servirle para su empresa ordenadora y legisladora (18).

Por esta razón de paternidad, no estará de sobra que me ocupe de la personalidad de este jurista. Hombre de ímpetu liberal y nuevo en sus primeros años, se irá convirtiendo en una figura consagrada. El final de Espartero y los progresistas no corta su brillante carrera hasta alcanzar la presidencia del tribunal supremo. Nacido en 1777, cursa en las escuelas pías y en la universidad de Valencia, un tanto remozada en tiempos de Carlos III (19). En 1801 es doctor en ambos derechos, abogado y explica como sustituto en algunas cátedras de la facultad; el año

(17) F. ALVAREZ, «D. Nicolás María Garely», en *Galería de españoles célebres contemporáneos...*, de N. Pastor Díaz y F. de Cárdenas, Madrid, 1842, página 31; me he servido de esta biografía para la presentación del autor del proyecto, añadiendo algunas noticias. La biografía definitiva de este jurista —como de tantos otros— está por escribir.

(18) F. ALVAREZ, «Nicolás María Garely», págs. 4-15, con un largo excuso en que se disculpa su intervención en *Novísima*, por el ataque de Villanueva; también, M. PESET REIG, «La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia», *Saitabi*, XIX (1969) pág. 134, nota 41 y apéndice III, págs. 142-143.

(19) Sobre la reforma carolina, M. y J. L. PESET, «El plan de estudios de 22 de diciembre de 1786 y la enseñanza universitaria en Valencia», *Actas del III Congreso de Historia de la Medicina*, Valencia, 1969, II, págs. 295-315; sobre el plan Blasco, J. L. PESET, «Reforma de los estudios médicos en la Universidad de Valencia. El plan de estudios del rector Blasco de 1786», *Cuadernos de Historia de la Medicina española*, Salamanca, XII (1973), 213-264.

siguiente alcanza la pavorría que había disfrutado Sala, y durante aquellos años se le ve bullir en los claustros, capitaneando la fracción más avanzada y haciendo gala de su saber. Posee la tan frecuente vanidad de la obra futura, que nunca escribirá; en su caso, por su dedicación a tareas políticas. Fue designado para corregir la *Novísima Recopilación* de Reguera Valdelomar, aun cuando su actuación no fue decisiva —según su biógrafo— ya que quería un código ilustrado más que aquella vuelta a las viejas leyes (20). Cuando llega 1808 se le antoja que los tiempos corren de acuerdo con sus ideas y se lanza a ese calvario largo y contradictorio que constituyó el reinado de Fernando VII para nuestros mejores hombres. Forma parte de la junta de Valencia, pero se enemista con el general Bassecourt, su jefe, y es reducido a prisión en Peñíscola y Bellver, hasta que las cortes destituyen al general y le devuelven su libertad. Después nuevo encarcelamiento debido a Suchet. En 1813 desempeña algún cargo, presidente de la junta de censura, y en el 14 empieza sus clases de constitución en el antiguo tribunal de la inquisición en la ciudad de Valencia. También es obra suya la felicitación a las cortes por la abolición del santo oficio, que le acarreará posteriores dificultades (21). Vuelve Fernando, vuelve Garely al desierto en la isla de Ibiza por dos años, incluso tras su retorno a Valencia la inquisición quiere depurar sus actuaciones, preguntando insistenteamente a la universidad por el autor de aquella felicitación a las cortes. La primera época absolutista era rencorosa, el claustro da largas, al fin descubre a Garely, quien se defiende con largo escrito... (22).

Llega 1820, de nuevo la aurora liberal. Ahora es diputado e interviene en muy diferentes asuntos, centrales para el futuro. La reforma del clero, las sociedades patrióticas, el asesinato del cura Vinuesa, la ley contra conspiraciones absolutistas, código civil, ley sobre señoríos... Cuando se trataba de ésta había sido nombrado Garely ministro o secretario de gracia y justicia en el gabinete de Martínez de la Rosa; también empezaba a iniciarse un progresismo más decidido, que desbordaría a aquellos hombres. Luego, Fernando VII en octubre de 1823 destruye la obra liberal, comienza de nuevo la persecución... (23).

(20) Los problemas sobre *Novísima*, en F. ALVAREZ, «Nicolás María Garely», págs. 9-14.

(21) F. ALVAREZ, «Nicolás María Garely», págs. 15-25.

(22) *Exposición de la Universidad literaria de Valencia dando las gracias al Soberano Congreso por haber abolido la Inquisición*, Cádiz, 1813, hay dos ediciones. Hay numerosos claustros en donde se plantea el problema, el más interesante es el de 23 de agosto de 1816, donde se halla el escrito de Garely, véase *Libro de Juntas y Claustros de la Real Universidad desde 1811 a 1817*, en Archivo de la Universidad de Valencia, tomo 75.

(23) No es momento de abordar todas estas cuestiones, sobre las que Garely se pronunció una y otra vez en las distintas legislaturas del trienio. Sobre sociedades patrióticas realizó su tesis de licenciatura, J. A. IVORRA LIMORTE, *El origen del derecho de asociación política en España*, Valencia, 1974.

A fines de la década ominosa, Garely recobra su prestigio hasta ser nombrado miembro del consejo de regencia que el rey constituyera para la minoría de su hija. A partir del triunfo de los liberales, la carrera de aquel jurista, que cuenta sesenta años en 1833, es indiscutible, por encima de los partidos y las luchas. Vuelve a ser ministro de gracia y justicia con Martínez de la Rosa y por sus manos discurren asuntos tan graves como el arreglo del clero o la organización de la administración de justicia, con el restablecimiento del tribunal supremo... Especialmente destaca su intervención en las cortes acerca de la conducta y derechos de Don Carlos, en donde plantea la legitimidad al trono de España. Antes de caer el gabinete, había de dimitir Garely (24).

En el informe sobre la conducta del pretendiente presentaba nuestro autor toda suerte de papeles que se habían cruzado en el seno de la familia. Y a continuación, realiza la valoración jurídica de aquella conducta.

Siglos ha, Señora, que en la ley 1.^a, título 2.^º, Partida 7.^a se previno que la primera y la mayor de las traiciones, y la que más fuertemente debe ser escarmentada, es aquella en que se aspira a desapoderar del reino a su legítimo poseedor. A tan horrendo crimen impone la Ley 2.^a del expresado título y Partida la pena capital y la de confiscación de bienes; añadiendo que los hijos varones nunca puedan haber honra de caballería, nin de otra dignidad, nin oficio; y prohibiéndoles heredar y percibir mandas de parientes o extraños... (25).

Fuero Juzgo y Novísima deparan penas a los traidores y a su descendencia. D. Carlos María Isidro ha perdido el derecho a la corona e igualmente la línea de que es cabeza. No importa que el código penal en su proyecto declare que las penas no se trasmiten a la posteridad

(24) J. DE BURGOS, *Anales del reinado de D.^a Isabel II*, 6 vols., Madrid, 1850, I, 148-149, 185, 210-211.

(25) *Exposición presentada a S. M. la Reina Gobernadora por el secretario del despacho de Gracia y Justicia y mandada pasar de real orden a las Cortes generales del Reino*, Madrid, 1834, pág. 15; no podemos seguir su actividad como ministro y prócer en las Cortes de 1834-1835; su dimisión en *Diario Procuradores* 1834-1835, II, 1633; en el estamento de próceres y en el Senado seguiría hasta la época de Espartero, sus nombramientos, *Diario Próceres* 1834-1835, 173 y 177 y *Diario Senado*, 1838, 2, 6 y 23. Véase nombramiento de senador en *Diario Senado* 1845-1846, por Decreto de 15 de agosto de 1845, pág. 3.

En su contestación al discurso de la Corona insiste una vez más sobre el estado de nuestras leyes; «es preciso, dice, depurar la administración de justicia de los abusos que ha debido producir el hacinamiento de leyes, tan incoherentes como las épocas en que se dictaron, sin que tengamos todavía una verdadera *tópica* legal, sin que hayan llegado a remediar el mal los generosos esfuerzos hechos en este mismo lugar por los años de 1820 a 1823, ni los del difunto monarca en el último período de su vida, no los acordó recientemente el celo de las Cortes; siendo tanto más de lamentar semejante dilación, cuanto desde la dinastía goda hasta nuestros días tenemos numerosa copia de decisiones legales...», *Diario Senado*, 1847, 24-27 y apéndice 37-38.

inocente, ni tampoco el derecho de mayorazgos que indica la sucesión del primero y no del anterior, pues en el de la corona no se halla tal cláusula de salvedad... Si la sucesión establecida en 1713 excluía a las hembras, las cortes de 1789 o la pragmática de 1830 había repuesto nuestra vieja legislación de *Partidas*. Las cortes decidieron la exclusión de aquella línea carlista.

Perteneció al estamento de próceres y al senado, y hacia el fin de su larga vida fue nombrado presidente del tribunal supremo, escribiendo algunos discursos de apertura. En 1844 se extendía acerca de la formación y virtudes de los jueces, con una amplia diatriba sobre el estado de nuestra legislación. El año siguiente insistía sobre aquella realidad, y expresaba su esperanza de que mejore la legislación vieja de la España, a la que reconoce algunas virtualidades a pesar de sus años. En 1847 analiza la jurisdicción como regalía del monarca. Mira con desconfianza los tribunales especiales, como «desvío, aunque tolerable, de la regla general» y repasa las escuelas jurídicas, con marcada admiración para los modernos. De nuevo la función del juzgador —a ellos se dirige— y la necesidad de códigos modernos le preocupa. Se ha creado una nueva comisión que pronto los sacará a luz; el código isabelino —dice con terminología ilustrada— será uno de los más gloriosos timbres del reinado... La noche del 12 de febrero de 1850 fallecía Nicolás María Garely (26).

III. ASPECTOS POLITICOS Y PUBLICOS

De la ley y su promulgación

La ambiciosa concepción del proyecto, le hace entrar en materias cercanas a la constitución, de quien se consideraba primogénito entre los códigos. «La Comisión tuvo muy presente lo que la Constitución previene acerca del modo de formar, publicar y promulgar las leyes, pero, sin apartarse de la letra y espíritu de los artículos que de ello

(26) N. M.^a GARELLY, *Discurso pronunciado... 2 de enero de 1847*, Madrid, 1847, pág. 5, se refiere a la militar, fiscal, mercantil, administrativa como extraordinarias; sobre la codificación, pág. 16-17; sobre la suya, en nota 6, señala que Cádiz sólo alcanzó comisiones. «Bajo los del segundo se elaboró, discutió y sancionó el Código penal, de duración efímera: el civil no llegó a ver la luz pública sino en forma de programa, salvo algunos títulos». Sobre el discurso de 1844, véase la nota 15. Por último, N. M.^a GARELLY, *Discurso pronunciado... 2 de enero de 1845*, Madrid, 1845, págs. 6-10; estos discursos se encuentran en la Biblioteca Nacional.

Diario del Senado 1849-1850, pág. 591. Para indagar sobre la vida de Garely, he recurrido también al Archivo Histórico Nacional, existiendo algunos datos en varios legajos de la sección Estado, Ministerio de Gracia y Justicia, 901, 841, 91, 894, 2830 y 2828, pero no me es posible en esta ocasión extenderme más.

Formaría gobierno con Martínez de la Rosa, en 1834, y participaría en la redacción del *Estatuto real*, F. CABALLERO, *El gobierno y las cortes del Estatuto Materiales para su historia*, Madrid, 1836.

tratan, creyó debía entrar en ciertos pormenores, que son siempre materia de *leyes secundarias*. En los artículos de la constitución de 1812 «se prescriben todos los trámites para la formación de las leyes, es notorio que el reglamento interior pudo y debió hacer algunas aclaraciones. Faltaba además prescribir reglas para la observancia de las leyes; y estos son los puntos de que trata el título preliminar. La Comisión juzga superfluo observar que las disposiciones de sus artículos son comunes a todos los *Códigos* acordados ya, o que se acordaren, y extensivas a las leyes transitorias o momentáneas...» (27).

El título preliminar francés —y de otros códigos extranjeros— permitía ese tratamiento genérico de la ley y los derechos. Nuestro proyecto es más político y cercano a la constitución, más amplio y de mayor interés. Comienza con una definición de la ley, apoyada en el texto gaditano y precedentes franceses.

Art. 1.^º La *ley* es la voluntad de todos los españoles de ambos hemisferios, expresada por medio de sus legítimos representantes, y corroborada por la sanción del Rey con arreglo a la Constitución (28).

En este punto, nuestros redactores prefieren no perder de vista las cuestiones generales acerca de la ley, y a lo largo de todo el proyecto, no temerán las definiciones y aclaraciones, hacia las que tan parco se muestra el código francés. Cádiz y el trienio habían denominado *decretos* a las normas emanadas de cortes y esta práctica se admite ahora. Las resoluciones de las cortes, conforme a los artículos 131 —desde 2.^a a 26.^a—, 181 y 182 de la constitución se llaman decretos, y su fuerza es igual a la de la ley. Las demás disposiciones del ejecutivo o sus agentes, de las diputaciones y ayuntamientos, por medio de órdenes, reglamentos o bandos, «se consideran como emanación de la ley o del decreto, sin perjuicio de las reclamaciones a que dieré lugar el abuso de su respectiva autoridad» (29). Una nítida gradación de las normas,

(27) Discurso preliminar *Proyecto 1821*, pág. 17; se refiere al recién publicado de 29 de junio de 1821, que por entonces se discute, *Colección*, VII, 385-427; el anterior de 4 de septiembre de 1813, *Colección*, IV, 180-215 se remozaba.

(28) Definición que recoge los artículos 1 y 15 de *Constitución de 1812*; la idea de voluntad de todos los españoles, puede provenir de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, art. 6.

(29) *Proyecto 1821*, arts. 2 y 3. El *Code* no desarrolla la doctrina general de la ley, con tanta amplitud como nuestro proyecto, MALEVILLE, I, pág. 4, escribe: «on dit que le *Code civil* ne devait pas renfermer de définitions, et que tout ce qui était *doctrine*, devait être renvoyé à l'enseignement du Droit dans les écoles. Je connais la règle, *omnis definitio in iure periculosa sit*; cependant j'avoue que j'ai toujours regretté à ce beau frontispice qui prévenait si agréablement en faveur du corps de l'ouvrage»; en cambio, TOULLIER, I, 1-130, amplía con preceptos constitucionales estas zonas. Los códigos ilustrados también, los descendientes del francés menos, en especial *Luisiana* en sus primeros artículos. Aunque posterior, véase DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, 4.^a ed., 1841, I. 1-27.

que expresa la jerarquía liberal, procura ordenar las fuerzas jurídicas que detentan el poder y son capaces de dictar leyes y disposiciones. No serán obedecidas las órdenes o mandatos que ofendan a la sagrada persona del rey, impidan la elección y celebración de las cortes o busquen su disolución o suspensión, o embaracen sus deliberaciones (30). Son precauciones constitucionales, quizá frente al monarca, que se extienden a toda norma de rango superior. En las demás, órdenes y mandatos, si se duda de su autenticidad o legitimidad, por falta de alguna solemnidad, cabía suspender su ejecución por la autoridad inferior —también en casos de duda sobre su sentido o inconvenientes en su aplicación—, representando a la autoridad el problema y respondiendo caso de no ser suficiente el motivo. En todo caso, se aplicaría el Código penal (31).

Dos trazos doctrinales más completaban aquel primer cuadro de la naturaleza y variedades de la ley. Con tonos que recuerdan a Toullier y a Bentham, se determina como objeto de la ley «la distribución de derechos y de obligaciones». Asimismo, la necesidad de ser puntualmente obedecida y ejecutada y, recordando viejas ideas romanas, concreta sus tres formas de mandar, prohibir, o dejar a libre elección... *Legis haec virtus est imperare, vetare, permittere, punire...* (32).

Pero mayor interés ofrece el título preliminar en sus precisiones sobre la formación, expedición, circulación y promulgación de las leyes. La incipiente práctica liberal, recién estrenada, se plasma en los artículos del proyecto. La constitución y retazos de algunas disposiciones de aquellos tiempos sirven a los redactores —a Garely— para presentar un cuadro coherente de los mecanismos de la legislación. Veamos los diferentes pasos que había de cumplir la ley, según estos textos, que precisan el *iter legis* con todo cuidado.

1.^º *Formación de la ley en las cortes*: propuesta, examen, discusión y decreto. Poca atención se presta a este momento, que la constitución contemplaba: «Las leyes y los decretos de las Cortes se proponen, examinan, discuten y decretan en ellas por los medios y trámites que prescriben la Constitución y el reglamento interior de las mismas» (33).

2.^º *Sanción del rey y publicación en las cortes*. Materia en que tampoco entra, pues está suficientemente regulada en la constitución, con todas las posibilidades y casos posibles. «El Rey tiene la sanción de las leyes». «Da el Rey la sanción por esta fórmula, firmada de su mano: "Publíquese como ley". Son los artículos 142 y 143 de la cons-

(30) Constitución 1812, arts. 168 y 172, 1.^a en relación a Proyecto 1821, 6.

(31) Proyecto 1821, arts. 7-9; aunque posterior véase el código penal 1822, arts. 483-489.

(32) Proyecto 1821, arts. 4 y 5. J. BENTHAM, *Tratados*, II, 19-24 y el comentario, 24-29; TOULLIER, I, 83-87. Sobre las distintas leyes, su origen romano D. 1, 3, 7; puede verse *Luisiana*, 2.

(33) Proyecto 1821, art. 10; Constitución 1812, cap. VIII, arts. 132-152 y 236; los reglamentos interiores citados en nota 27, art. 132 del 1821.

tución, que completan los siguientes. El proyecto tan sólo se ocupa incidentalmente de la regencia que no tenga poder de sanción —caso que se había vivido largo tiempo—, indicando que las cortes deben pedirle parecer, previo informe del consejo de estado. Recoge la realidad vivida en los años de la independencia, que distaba, en parte, de los artículos de la constitución española (34).

3.^º *Expedición de la ley*, tras la sanción del monarca y la publicación en cortes, que la constitución de 1812 había llamado —quizá con menor tecnicismo— promulgación. En ella, se establecía que «publicada la ley en las Cortes, se dará de ello aviso al Rey, para que se proceda inmediatamente a su promulgación solemne», y se fijaba la fórmula correspondiente. Pero España había funcionado sin el monarca; un conjunto de decretos de las cortes habían trastocado el derecho durante la primera época liberal. El proyecto quiere reasumir la situación, quiere fortalecer el órgano legislativo, y propone tres posibilidades distintas que podríamos denominar leyes, decretos y resoluciones o propuestas reales, con decreto de las cortes.

Las leyes, como normas más altas del ordenamiento, seguirían los trámites de la constitución y se publican con la fórmula solemne de su artículo 155 en la que se establece que «las Cortes han decretado y Nos sancionamos lo siguiente» (35). En cambio, los decretos de las cortes a que se refieren las facultades segunda a veintiséis del artículo 131 de la constitución, no los hace entrar el proyecto en la categoría de leyes, ni reclama para ellos la sanción real; la fórmula se contenta con decir «que las Cortes han decretado lo siguiente» (36). Y, por fin, las resoluciones propuestas por el rey a cortes, o aquellas en que necesariamente debe recurrir a ellas, dirían «que habiendo Nos propuesto a las Cortes..., las Cortes lo han aprobado» (37).

(34) *Proyecto* 1821, art. 11. La creación de la regencia y del nuevo consejo de estado en 22 y 21 de enero de 1812, *Colección*, II, 60-61; estas facultades en sus reglamentos de 26 de enero de 1812, II, 66, núm. III; cambio en 8 de marzo de 1813 y nuevo reglamento de 8 de abril de 1813, cap. II, núm. III, *Colección*, IV, 4 y 36.

(35) *Proyecto* 1821, art. 15. Sobre este tema, que debería ser objeto de estudio aparte, se ocupan numerosas veces las cortes, decretos de 25 de septiembre de 1810, pero sobre todo ha de acudirse a los reglamentos interiores de cortes, que no dan exactamente la misma solución que el proyecto, *Colección*, I, 5-6; reglamento 1821, arts. 127-132, VII, 406-407.

(36) *Proyecto* 1821, art. 16, concordancia con art. 130 del reglamento interior de cortes de 1821, que recoge el anterior de 1813 en este punto.

(37) *Proyecto* 1821, art. 17, y reglamento interior 1821, arts. 128 y 129 quien también es modelo para el art. 18 del proyecto sobre menor edad o imposibilidad del rey.

También se alude en el proyecto a la interpretación y dispensa de leyes, arts. 12-14, extraídos de *Constitución* 1812, arts. 261, 10.^º y 153, así como —la dispensa de los decretos—, se encuentra en el reglamento para la regencia de 16 de enero de 1811, cap. II, art. 1, párrafo 2, órdenes de 6 de agosto y 25 de octubre de 1812, otras de 17 de abril de 1813 y 27 de mayo de 1813, *Colección*, I, 53, III, 48 s., 142, IV, 54 y 76. Sobre interpretación véase TOULLIER, I, 103, 118.

Las cortes españolas han estado funcionando largo tiempo sin el rey. Los redactores del proyecto de código civil desconfían del monarca y pretenden dejar al órgano legislativo un amplio entorno para su actividad, de ahí este cuidado en perfilar las normas y sus caracteres en una época tensa de nuestra historia, en el paréntesis del trienio liberal. Sigamos los pasos de la ley.

4.^º *Circulación o comunicación del texto* para su cumplimiento y distribución. El artículo 156 de la constitución seguía viejas formas de promulgar las leyes: «Todas las leyes se circularán de mandato del Rey por los respectivos secretarios del Despacho, directamente a todos y cada uno de los tribunales supremos y de las provincias, y demás jefes y autoridades superiores, que la circularán a las subalternas» (38).

El artículo 19 de este proyecto, sigue con escasa modificación el precepto constitucional. Pero los liberales quieren facilitar al máximo el conocimiento de sus normas, quieren establecer medios más adecuados, y por ello el proyecto, junto a esta circulación, añade una promulgación solemne.

5.^º *Promulgación de la ley.* La necesidad de presentar las leyes a todo el pueblo fue preocupación de los revolucionarios franceses. Maleville recuerda que en el antiguo régimen eran obligatorias a partir de su publicación en los diversos órganos y tribunales, y la asamblea constituyente, por decreto de 2 de noviembre de 1790, quiso que se ejecutases desde el día de su publicación en los tribunales y cuerpos legislativos. La convención, por su lado, estableció que la publicación en el boletín sería determinante para su vigor. La discusión sobre el artículo primero del *Code* mostraría diversas tendencias. Se llegaría a su redacción, admitiendo la promulgación central y la presunción de conocimiento a partir de unos días, según la distancia de cada departamento a la capital (39). El proyecto de 1821 se acordó de la solemne promulgación que un día se hizo de la constitución de 19 de marzo de 1812.

Art. 20. Las leyes y los decretos de las Cortes se promulgan en la capital de la Monarquía, en las capitales de provincia y en la de cada uno de los partidos con la solemnidad de la ley.

Esta promulgación se hace en un mismo día en todos los puntos expresados.

Las Cortes, después de publicada en ellas la ley o decreto, señalan el día de su solemne promulgación.

(38) La publicación en boletín se había decretado en Francia en 14 de febrero del año II —4 de diciembre de 1793— para las disposiciones de interés general; pero el *Code* no se refirió a la materia, que confirma una ordenanza borbónica de 27 de noviembre de 1816, véase TOULLIER, I, 71 y 62-63. Sobre nuestro derecho inmediato la orden de 2 de octubre y decreto de 11 de noviembre de 1811, *Colección*, II, 10 y 28.

(39) *Code*, art. 1, TOULLIER, I, 66-67.

Esta solemnidad es la siguiente: El Jefe político o el Alcalde respectivamente, acompañado de todo el Ayuntamiento, sale en público desde la casa en donde éste se junta ordinariamente; y pasando a la plaza de la Constitución, promulga la ley desde un lugar elevado, haciéndola leer por el Secretario del expresado Ayuntamiento (40).

Pero no desdeña otros medios para dar a conocer la ley o decreto, que se usaban con anterioridad.

Art. 21. Además de esta promulgación solemne, los Alcaldes de los pueblos disponen que todas las leyes y decretos, las órdenes y mandatos del Gobierno y de cualquier otra Autoridad legítima, superior o local, se publiquen en cada uno de ellos a voz de pregón o por edictos en los parajes públicos, de manera que vengan a conocimiento de todos los habitantes.

Art. 23. Las leyes obligan pasadas cuarenta y ocho horas después de su promulgación solemne (41).

Un esfuerzo de publicidad y una solución unitaria de la *vacatio legis*, a que el código francés no se atrevió. Quizá un excesivo optimismo acerca de la promulgación, tan complicada, que sólo era adecuada para una norma constitucional.

Con todos estos requisitos y trámites de la ley, el proyecto se sitúa en un nivel superior al meramente civil. Pero el *Code* y otros textos análogos así lo habían hecho. En su afán de amplitud máxima, quizás se excedió en ocuparse de tan altos problemas, pero su versión de la ley y su interpretación de la constitución de Cádiz, constituye un testimonio valioso de la época desde una perspectiva del derecho público. Esa tendencia no se abandona, inspira sus artículos e incluso sus planes sobre partes que no llega a articular.

(40) La más cercana disposición es el decreto de 4 de septiembre de 1820, que contempla un supuesto muy concreto; la instrucción de 23 de junio de 1813 se refería a la publicación por los alcaldes. Creo que el precepto se inspira en el decreto de 18 de marzo de 1812 sobre la jura de la constitución, véase *Colección*, II, 166-168, los anteriores, VI, 94 y IV, 110.

(41) Sobre la publicación por alcaldes, véase la instrucción citada en la nota anterior; pregones había con anterioridad y en cuanto a edictos, TOULLIER, I, 60-61, *Cerdeña*, 9. Aparecen en *Luisiana*, art. 4, registros, práctica no ajena a nuestro pasado histórico.

Las 48 horas, parecen añadido original de nuestros redactores, al menos nada de esto puede verse en *Code* o sus descendientes; quizás sea alargamiento del plazo de 24 que establece el código francés, tras la publicación en la corte de París.

Derecho internacional privado

Al final de su título preliminar, el proyecto de 1821 atiende al correspondiente francés, si bien con variantes y modificaciones, por ejemplo, al principio de irretroactividad de las leyes.

Art. 2. *Code*

La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effect rétroactif.

Art. 22. Proyecto

Las leyes no tienen efecto retroactivo; salvo si benefician a los individuos o a la causa pública, sin perjudicar el derecho de tercero ya adquirido (42).

Aparte el añadido final, el proyecto establecía en su artículo 24 el principio de igualdad ante la ley, del que me ocuparé más adelante. Pero, en materia de derecho internacional la semejanza con el francés es, dentro de los retoques, muy acusada.

Art. 3. *Code*

Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Art. 27. Proyecto

Las leyes que regulan la policía de seguridad, salubridad y comodidad obligan a los extranjeros que residen en territorio de la Nación.

Art. 26

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Las leyes que regulan los contratos y la adquisición, conservación, aprovechamiento y transmisión de la propiedad territorial obligan a los extranjeros.

Art. 25

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les français, même résidant en pays étranger.

Las leyes que prescriben las obligaciones de los españoles en cuanto a su estado político, civil y religioso obligan al español, aunque resida en país extranjero, a no ser que la ley disponga literalmente otra cosa (43).

(42) Las antiguas formulaciones de F. J. 2, 1, 1, y 2, así como P. 3, 14, 15 son muy lejanas.

(43) El proyecto modifica en el art. 27, quizás por las epidemias de la época, M. y J. L. PESET, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972, 135-143 y L. F. HOFFMANN, *La peste à Barcelone*, París, 1964; la referencia a comodidad debe basarse en alguna de las concepcio-

La analogía es evidente, aparte algunas modificaciones —a veces menor tecnicismo, menor precisión— apenas se apartan del modelo. Es verdad, que en materia de policía se refieren a la salubridad por ser tiempos de plagas en España, o a la policía de comodidad. También la ley de los contratos —en el artículo 26— parece completar la normativa francesa. En todo caso, nos encontramos en zona donde el influjo francés empieza a notarse con fuerza.

Por último el proyecto de 1821 se refiere a los extranjeros en general, con una generosidad muy superior al código francés. Los embajadores gozan de la protección y preminencias establecidos por los tratados o, en su defecto, se atiende a la reciprocidad; los extranjeros y sus propiedades gozan del mismo estado y protección que los españoles, siempre que respeten la constitución, que les excluye de cargos públicos, y las leyes. Esta protección, se añade en este artículo 29, se entiende sin perjuicio de los tratados existentes con otras potencias. «En ellos —sigue —no se consideran comprendidas las opiniones políticas» (44). La revolución francesa había suprimido barreras entre los pueblos; esta alusión a la libertad de opinión, siquiera aparece en un lugar extraño, parece dirigirse a facilitar el asilo que tantas veces se utilizó por nuestros hombres liberales. La revolución suprimió el derecho de aubana, que dejaba a los extranjeros en una situación de inferioridad por negárseles el derecho de sucesión y de recibir donaciones. La asamblea constituyente abrogó esta desigualdad, pero los redactores del *Code* volvieron a un principio de reciprocidad, porque las otras naciones no habían derogado aquella situación. El proyecto de 1821 no se conforma, declara la igualdad con los españoles a todo trance, aun cuando después aluda a los tratados. Un reciente decreto de cortes de 28 de septiembre de 1820, se recoge literal en este punto.

Usos y actos contra ley

El artículo 30 del proyecto se refiere a un tema clave, como otros de los últimos preceptos de su título preliminar: «Las leyes no pierden su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios». La exclusión de la costumbre fue uno de los supuestos más importantes de

nes de la ciencia de la policía de la época o en Bentham. Técnicamente parece que no afecte a españoles.

Sobre el art. 26 referido también a la ley del contrato, que el *Code*, art. 299 señala para testamentos y P. 4, 11, 24 para capitulaciones matrimoniales. *Luisiana*, art. 10 poseía esta amplitud.

(44) *Proyecto* 1821, arts. 28 y 29, éste fundamentalmente inspirado en el decreto de 28 de septiembre de 1820, *Colección*, VI, pág. 152. Sobre la interpretación y dispensa de leyes, los artículos 12-14 del *Proyecto* 1821; materias muy genéricas, donde resulta difícil señalar las fuentes, puede verse P. 1, 1, 13 y 14 sobre interpretación y, acerca de las dispensas por las cortes, órdenes de 4 de agosto y 25 de octubre de 1812, 17 de abril y 27 de mayo de 1813, *Colección*, III, 48, 142, 14, 54 y 76 ss.

la codificación liberal. Se logró en Francia el fin de toda la legislación y costumbres antiguas, y, entre nosotros se expresa con toda fuerza el proyecto de 1821 sobre esta exigencia.

¿Y qué quiere decir el uso, costumbre y fuero que la ley de Partida reconoce como otra de las fuentes de nuestro derecho? —exclama Garely en el discurso preliminar—. ¿Puede darse un axioma más peligroso en legislación? La ley es el origen de todos nuestros derechos, de todas nuestras obligaciones. La idea de un derecho es inconcebible sin la de una obligación que le corresponda. El derecho de enajenar, el de establecer libremente el domicilio, u otro cualquiera, supone necesariamente la obligación en todos los demás individuos de la sociedad de dejar expedito su uso al que los tuviere. Luego toda ley envuelve por esencia una minoración de libertad; por manera que aun aquellas en que se establece la libertad, sólo pueden existir con el sacrificio parcial de la libertad misma. Para asegurar, pues, los derechos legítimos, para conocer las verdaderas obligaciones, sin exponernos a dudas y choques continuos, sin dar una importancia misteriosa a las consultas de letrados, sin ofrecer continuos escollos a la magistratura, la ley debe tener un origen conocido, una data fija, un punto de apoyo a que referirse. Tales son su solemne promulgación y su texto auténtico. ¿Y cómo merecerán este nombre las leyes no escritas ni promulgadas, o sea el *uso y costumbre*? ¿No son por ventura un semillero de disputas, que se reproducen en cada caso práctico? Inciertas por naturaleza, sin principio ni fin conocido, sólo pueden tolerarse en la infancia de las naciones, que se resienten todavía del estado salvaje; pero donde ha progresado felizmente la civilización, sería gran mengua del legislador el consentirlas.

La Comisión confiesa que serán siempre muy respetables los usos y costumbres para nivelar las acciones en lo que no ha determinado la ley. Añade más: tal vez merecerán conservarse y generalizarse varios usos y costumbres, por las que se gobiernan en algunas provincias cierta clase de intereses; pero el legislador debe sancionarlas y fijar sus límites con precisión (45).

De otro lado, los actos contra la ley se reglamentan en tres artículos en donde la doctrina y las normas del derecho patrio, logran un orden y unas precisiones que llegarían hasta nosotros, hasta el vigente código civil. El derecho romano y el francés están presentes en el artículo 31.

(45) En Francia estas cuestiones no se reflejan en *Code*, pues parece que se resolvieron en época anterior; en *Austria*, arts. 10 y 11 se pide para la costumbre la aprobación del soberano. Véase la normativa anterior española que las admite incluso contra ley, P. 1, 2, 6 y Nov. 3, 2, 11.

La cita del texto pertenece al discurso preliminar del *Proyecto 1821*, págs. 13-14.

Son nulos los actos en que por renuncias o convenios se intenta dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos en razón de su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley (46).

Los otros dos establecen, quizá con redundancia, algunas cuestiones que bordean lo doctrinal.

La renuncia de los demás derechos individuales que concede la ley es válida, si se hizo con libertad y por cláusula especial. Son nulos —preceptúa el artículo siguiente, el 33— los actos contrarios a la ley, salvo si ésta se limita a la imposición de cierta pena, o a dar derecho de enmienda, reforma o suplemento (47).

Con ellos termina el título preliminar del proyecto, pero no la parte política o pública del mismo.

De los derechos individuales

La revolución francesa y las colonias americanas en su independencia había traído a los textos constitucionales un nuevo núcleo jurídico, unas declaraciones de derechos del hombre, esenciales, inmutables, perfectos y capaces de oponerse a las fuerzas del poder. Por vez primera, aparecen en la ley una tabla de derechos aplicable por igual a todos los ciudadanos. Las nuevas constituciones de la edad contemporánea consagran aquellas libertades, que significan un deseo de afirmar la dignidad del hombre y un respeto por la persona. Su extensión haría posible la democracia moderna.

En España, también fructifican aquellos deseos de libertad e igualdad. El hombre español aparece en el proyecto, como sujeto de unos derechos inalienables que nadie ha de perturbar. La constitución de 1812 aludía a algunos, el proyecto de 1820 los amplía y sistematiza con préstamos de algunas constituciones francesas. No copia de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, ni tampoco la carta entonces vigente, otorgada por Luis XVIII en 1814, sino más bien la

(46) Compárese con *Code*, art. 6 y el amplio comentario de TOULLIER, I, 87-92. Nuestro derecho en P. 5, 11, 28 y 38 o en *Febrero reformado y anotado*, I, páginas 209 ss.

(47) Sobre nulidad, creo que tuvo presente a TOULLIER, I, 77-87 y VII. La nulidad como superior a la pena, es idea muy extendida en este autor, «Mais la législation n'a encore été portée chez aucun peuple à un degré de perfection suffisant pour qu'on puisse y établir en principe que tous les actes où les préceptes de la loi n'ont pas été observés sont nuls», I, pág. 82.

constitución de 24 de junio de 1793 y la de 22 de agosto de 1795. De ellas extrae los cuatro derechos fundamentales de libertad, propiedad, seguridad e igualdad. Es posible que existan influencias cruzadas de Bentham, quien se refiere, como objetos de la ley, a la subsistencia, la abundancia, la igualdad y seguridad, y, a continuación trata de la propiedad, o tal vez de Toullier, pero la influencia esencial pertenece a las constituciones francesas (48). Escribe el proyecto:

Art. 34. *La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal* componen los principales derechos *legítimos* de los españoles.

Los derechos *políticos* de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución.

Art. 35. Todo derecho de acción para reclamar su uso y ejercicio ante la Autoridad competente por los medios y formas que dispone la ley.

Art. 36. Son *obligaciones* de los españoles las que se prescriben en los artículos 6.^º, 7.^º, 8.^º y 9.^º de la Constitución.

Art. 37. Es también *obligación* de los españoles el respetar y en su caso guardar y hacer que se guarden los derechos individuales de los demás.

Art. 38. Son igualmente *obligaciones* las que se establecen por hechos propios a favor de otras personas en conformidad a la ley.

Art. 39. Toda obligación hace responsable al que faltase a su cumplimiento y le sujeta a la ley para los efectos civiles o penales que ella dispone (49).

En estos artículos, aparte la primera enumeración de los derechos fundamentales, se juega con una doble división. Por un lado derechos y obligaciones —con la mención en el 38 de las obligaciones en sentido

(48) *Constitución* 1812, art. 4: «La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». Véase J. BENTHAM, *Tratados*, II, 29-139; *Principios*, I, 294-304, II, 3-76 o TOULLIER, I, 177-227. Aunque lo conoce, no parece usar a B. CONSTANT, *Principes de politique*, en *Oeuvres*, París, 1957, 1166-1204.

Sin embargo, la fuente fundamental son las constituciones aludidas de 1793 y 1795, M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, París, 1957, 29-39, 39-78. Incluso otros textos antiguos franceses pueden haber ayudado a su construcción, tales como el artículo 1.^º de la *Declaración de derechos* de 1789.

(49) Compárese con el art. 2 de la constitución de 1793 al referirse a los derechos naturales e imprescriptibles: «Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté et la propriété», o el 1.^º de 1795: «Les Droits de l'Homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété.»

estricto y civil—; por otra, la distinción entre derechos políticos y derechos civiles, que aun cuando no esté claramente expresada, proviene de los comentaristas del *Code*; en consecuencia, presenta una referencia a la constitución del 12, genérica sobre sus derechos, concreta en las obligaciones que impone (50). Pero a la hora de desarrollar estas ideas, Garely recurre a la explicitación de derechos fundamentales —insuficientemente recogidos en la constitución—, así como a otros civiles. Veámoslos.

En primer término la libertad, que distribuye en sus diversas manifestaciones, la primera de ascendencia benthamiana, las demás acordes con los principios franceses revolucionarios.

Art. 40. Es libertad o propiedad personal: 1.^º, el derecho de conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades; 2.^º, el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por la ley o por sus emanaciones; 3.^º, el derecho de manifestar las opiniones y pensamientos bajo las restricciones y responsabilidad que prescribe la ley; 4.^º, el derecho de no ser detenida la persona por ningún individuo ni Autoridad, sino en los casos y por los medios que determina la ley; 5.^º, el derecho de no ser compelido al cumplimiento de las obligaciones sino por la Autoridad y por los medios que señaló anteriormente la ley; 6.^º, la facultad de reclamar ante el Rey y demás autoridades competentes y, en su caso ante las Cortes, toda trasgresión que coarta cualesquiera derechos que concede la ley (51).

El segundo de los derechos fundamentales es el de propiedad, en donde esquematiza la distinción entre obligaciones y derechos reales, con una referencia primera al derecho sobre el propio trabajo. A continuación sienta los principios genéricos que sobre los modos de adquirir o títulos reconoce el derecho.

Art. 42. Es propiedad: 1.^º, el derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal; 2.^º, el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajena con arreglo a la ley; 3.^º, el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles o inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley (52).

(50) Véase TOULLIER, I, 172-177.

(51) Es difícil señalar las correspondencias, pues el artículo está pensado y reelaborado, quizás las más notables sean: constitución francesa de 1791, tít. primero, de donde surge tal vez la idea de desmenuzar las diversas libertades; declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, 4, 5, 10 [‡], 11, 7, 5, constitución 1795, art. 2.

(52) Constitución francesa de 1793, art. 16 y constitución de 1795, art. 6.

Después los títulos de adquirirla, en donde la misma división esencial entre derecho de cosas y derecho sobre servicios, se extiende en una serie de preceptos. Y, de inmediato, como si quisiera resumir, hace un capítulo sobre «los demás derechos legítimos»; como si se hubiera terminado su inventiva, el proyecto se limita a definir seguridad e igualdad, con algún otro precepto intercalado.

Art. 49. Todo español tiene derecho a que la Autoridad pública haga efectiva la protección de la *seguridad individual* de su persona y de su honor contra cualquiera que la atacare o intentase atacarla.

.....

Art. 51. Todos los españoles son iguales ante la ley para reclamar derechos y cumplir obligaciones, sin diferencia de nacimiento, de calidad o de fortuna. Esta igualdad constituye el derecho que se llama *igualdad legal* (53).

En conjunto, parece que atisbaba Garely la posibilidad de construir sobre aquellos cuatro derechos básicos buena parte de los derechos fundamentales del hombre. Pero su carácter, parte político, parte civil, y las diferencias de las formulaciones que tenía a la vista le llevaron a estas indecisiones. La constitución de 1812, no había tenido bastante en cuenta la formulación de derechos individuales, pesando también negativamente en el esfuerzo codificador de los autores del proyecto. La exposición preliminar acusa estas incertidumbres. «Los derechos y las obligaciones que dimanan inmediatamente de la ley fundamental se llaman *políticos*, y se hallan marcados en la misma. Las leyes secundarias podrán dar alguna explicación para hacerlos efectivos; pero sin desviarse en manera alguna de su base... Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse *civiles*...» (54).

Dentro de esta vaguedad, termina esta parte el proyecto con el artículo 52, que reza así:

Son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanan de autorización de la ley, como el ejercicio de la potestad patria, de la tutela y otros semejantes; los que habilitan para ejercer cargos públicos, o para otros actos civiles, como testar, contra-

(53) Sobre los títulos de adquirir la propiedad, *Proyecto 1821*, arts. 43-48, sobre igualdad téngase en cuenta el art. 24. Sobre seguridad el art. 8 de la constitución francesa de 1793; sobre igualdad art. 3 de la constitución francesa de 1795.

(54) Discurso preliminar del *Proyecto 1821*, pág. 17. Sobre la distinción, Toullier, I, 172-177, 228-230, quien para referirse a estos fundamentales de seguridad, libertad y propiedad dice ser *absolutos*; «*sont ceux qui appartiennent à chaque homme en particulier, considéré comme individu, indépendamment des relations qu'il peut avoir avec les autres hommes...*», 173.

tar, comparecer en juicio, adquirir o trasmitir bajo las ampliaciones o modificaciones que prescribe la ley.

¿Por qué esta enumeración final? No acaba de entenderse. Quizá —la mención de ejercicio de cargos públicos sobraría— se quiere distribuir los derechos en políticos fundamentales, que se hallan en la constitución, otros civiles, los de este artículo, y se deja un grupo tercero intermedio entre políticos y civiles, participando de ambas características: libertad, propiedad, seguridad e igualdad. La deficiencia en él, la falta de concreción de los derechos de que adolece nuestra primera constitución parece reflejarse en su desarrollo primero, en el proyecto de 1821.

Aspectos administrativos

Por su carácter público, me referiré en este sector a la segunda parte del proyecto, que no llegó a ser redactada (55). *De la Administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones*. Dentro de ella pretendía un libro destinado al gobierno económico de la nación, otro a la administración judicial. Respecto de esta zona, apenas sabemos más que unas ideas generales que nos brinda su discurso preliminar. Me atrevo a afirmar que los redactores no sabían demasiado qué buscaban. Garely recordaría retazos de *Novísima* y leyes liberales que habían ido promulgándose en Cádiz o el trienio, separadas de un código... Una idea de los poderes en la constitución también parece servirles de orientación; el legislativo estaba determinado por ésta, el ejecutivo y judicial serían los dos libros con que ahora se completa.

En general, la Comisión para todas las subdivisiones de esta segunda parte debe hacer las observaciones siguientes: 1.^a Trascribirá los sabios decretos de las Cortes extraordinarias y ordinarias, por los que se ha procurado uniformar toda la administración al espíritu de la Constitución. 2.^a Llenará los vacíos que se echan de menos, ya prohijando algunas leyes antiguas que estén de acuerdo con el sistema constitucional, o ya presentando su opinión al juicio del Congreso. 3.^a Solamente incluirá en cada materia las disposiciones generales que por su naturaleza son perpetuas y cuyo conocimiento interesa a todos; pero no la parte reglamentaria de las respectivas dependencias. Esta especie de Código administrativo —reconoce— no entraba literalmente en el cargo que dieron las Cortes a la Comisión, pero ésta desde sus sesiones

(55) Ni siquiera se distribuye en títulos, como todo el tercer libro de la primera parte, sobre obligaciones, derechos reales, familia... Está conectada con *Proyecto 1821*, arts. 264-276, que considero en su lugar, al final del apartado IV.

primeras se convenció de su necesidad, pues que él es el que constituye la garantía legal de los derechos y obligaciones que han emanado de la Constitución (56).

En su primer libro, propone tratar —recordemos *Partidas* o la *Recopilación*— de la administración político-eclesiástica, político-gubernativa y militar. Sólo se atreve a fijar estas grandes particiones, atacando los viejos cuerpos legales que, en materia religiosa, o en otras, eran auténtico tratado doctrinal. Traerá —dice— leyes justas y sabias para asegurar el culto de la religión católica, conforme al 12.^º artículo de la constitución, dejando a la parte de tribunales la jurisdicción eclesiástica. En lo gubernativo reunirá —enorme mescolanza— las leyes fiscales, las que determinan atribuciones de autoridades y agentes, las de instrucción, impulso de la riqueza, beneficencia y prosperidad. «Leyes que dictadas con acierto y bien ejecutadas, inutilizarán felizmente muchísimas disposiciones del Código penal» (57). La administración militar podrá reducirse a medida que el sistema constitucional haga prosélitos entre nosotros.

El otro libro se ocupará de los jueces, esa autoridad sublime y terrible, poder semidivino en manos de los hombres.

El sistema actual ha sentado las dos sublimes teorías, que pueden aproximarnos a neutralizar el grande influjo del poder judicial: «su independencia del Gobierno, su responsabilidad ante la ley». Ha hecho más todavía. Dejó a las Cortes la facultad [de] decretar, cuando lo estimasen oportuno, la separación de los *Jueces de hecho* de los de *derecho*: combinación feliz que constituye la garantía más sólida de la libertad. La Comisión se abstiene de desenvolver aquí estos principios luminosísimos, y sólo se congratula al contemplar, que entre los objetos de las Cortes extraordinarias se halla designado el *Código de procedimientos*, cuyo proyecto admite los *jurados* para lo criminal.

Al *Código civil* toca enumerar todos los agentes principales y subalternos o auxiliares del poder judicial, desde los Alcaldes constitucionales hasta el tribunal supremo de Justicia, y prescribir sus derechos y obligaciones, según el verdadero espíritu de la Constitución. Y éste es el objeto del presente libro (58).

(56) Discurso preliminar *Proyecto 1821*, pág. 30-31.

(57) Discurso preliminar, pág. 32.

(58) Discurso preliminar, pág. 33. Del *código de procedimientos* y de los inicios del jurado en España, espero poder ocuparme en fecha no lejana.

IV. DE LAS PERSONAS INDIVIDUALES.

Hacia una teoría general de los derechos y obligaciones

El proyecto de 1821 posee una manifiesta tendencia hacia la amplitud y la construcción doctrinal. Tal vez refleje demasiado la calidad de profesor del pavordre Garely y algún otro miembro de la comisión. Su sistemática, sus definiciones, sus referencias, buscan construir un edificio trabado con sentido y organizado por partes. Primero, sobre las leyes, su título preliminar; después, en la parte de personas —única redactada—, procura enlazar con la ley fundamental, según hemos podido ver, para alcanzar un orden propio y original.

La parte primera había de constar de tres libros. El tercero, con derechos reales, obligaciones y contratos y sucesiones no llega a publicarse. Me ocuparé ahora del primer libro, cuyo primer título fue ya objeto de mi atención, por referirse a los derechos individuales. El libro primero de la primera parte había de llamarse *De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general*. Tenía los siguientes títulos:

- I. De la naturaleza de los derechos y de las obligaciones (59).
 - II. De las calidades para el goce de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones. Arts. 53-75.
 - III. De la pérdida, suspensión o preservación de los derechos. Arts. 76-104.
 - IV. De la restitución de los derechos civiles. Arts. 105-133.
 - V. De la autenticidad legal del nacimiento, matrimonio y muerte. Arts. 134-172.
 - VI. Del lugar donde se hacen efectivos los derechos y las obligaciones. Arts. 173-191.
 - VII. De los medios establecidos por la ley para acreditar los derechos y las obligaciones. Arts. 192-263.
 - VIII. De las personas en general a quienes toca hacer efectivos los derechos y las obligaciones. Arts. 264-276.
- No resultan demasiado significativas —son muy abstractas— estas denominaciones de los títulos, para encasillar las diferentes materias. En realidad son un arreglo de la sistemática del *Code français*, remodelado y cambiado desde el concepto central de los derechos y obligaciones. Los cuatro primeros títulos del libro primero del *Code* tratan *De la jouissance et de la privation des droits*, *Des actes de l'état civil*, *Du domicile* y, por fin, *Des absents*. ¿No es claro que sobre ellos se entretieja la sistemática de nuestro proyecto? Desdobra el primero y

(59) Este título, que trata de los derechos individuales, ha sido examinado en el apartado anterior.

añade un título para la vieja restitución romana; coloca la ausencia como un caso de pérdida y preservación de derechos; incluso añade otro referido a pruebas —los medios para acreditar—, o unas referencias generales sobre las autoridades gubernativas y judiciales. Pero ese esfuerzo integrador y amplio ¿era lógico?, ¿mejoraba la sistemática del modelo francés? Creo que resulta demasiado premioso y doctrinal, aun cuando se ha de reconocer su deseo generalizador.

Nacionalidad, edad y sexo

Estas son las calidades o condiciones que para el goce de los derechos establece nuestro texto. Muy diferente del francés que se limita en este punto a las cuestiones de nacionalidad, creo posible la influencia de un comentarista de aquél, Toullier; éste se refiere a sexo, edad, situaciones de familia, ciudadanos y extranjeros, libres y esclavos, nobles y plebeyos (60).

La constitución de 1812 —mentor de Garely— había entrado en estas materias de nacionalidad y ciudadanía. Hablaba de españoles por un lado, y de ciudadanos por otro, como dos categorías perfectamente delimitadas.

Son españoles —decía su artículo 5.^º—. Primero: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas y los hijos de éstos. 2.^º Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza. 3.^º Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Por otro lado, restringía la calidad de ciudadano a aquellos españoles que la misma constitución determinaba, exigiendo que estuviesen avencidados y fuesen libres, pues la esclavitud no se compaginaba con el sufragio (61). Por su parte, el código Napoleón establecía su propia normativa, respecto de los franceses, dejando la regulación de la ciudadanía a la ley constitucional. El proyecto de 1821, en esta encrucijada, se atuvo a la calidad de español, que bastaba para el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y, con inspiración francesa, se dedicó a completar el menguado artículo quinto de la constitución de Cádiz. Establece la presunción de que los hijos de españoles nacidos en el extranjero se reputan nacidos en España; la mujer sigue la condición del marido mientras dura el matrimonio, y si fuera española, cuando en-

(60) TOULLIER, I, 135-145, 147-162, véase especialmente 135 s.

(61) Arts. 18-22, *Constitución* 1812.

viuda, puede recuperarla, si reside en España. Preceptos que, con algún error de técnica, recogen artículos del código francés (62).

En materia de edad, en cambio, no se acepta una solución unitaria como el artículo 388 del código francés, que la establecía en los veintiún años. No pudo ser más desafortunada la conservación de las edades escalonadas del proyecto, que, variando precedentes romanos y de *Partidas*, señala hasta trece; eso sí, ordenadas en un capítulo. La constitución había señalado los veinticinco a efectos políticos, alguna vez, por influencia francesa alude a los veintiuno. Pero el proyecto no creyó oportuno ilegar a la unidad. Incluso a efectos penales habla de hasta siete para delinquir, de siete a catorce para aplicación de penas correccionales, y a partir de ésta establece plena responsabilidad; mientras el proyecto criminal, que se discutiría, optaría por los siete y diecisiete. Parecía insistir en los veinte años —para salir de la tutela, obligarse, hacer fe en los contratos y testamentos—, pero dejaba en catorce-dieciséis el matrimonio o la testamentificación, en dieciocho para hacer fe completa en las causas civiles y penales, o veinticinco para cargos públicos, ejercer la tutela o la curatela... (63). En fin, que no supo atender a tan victoriosa novedad.

El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad, refiere a algunos preceptos más generales sobre la mujer. Empieza por una declaración general, acerca de la incapacidad de la mujer para ejercer cargos públicos y los de depositaría, tutela y curaduría, salvo en los casos determinados por la ley, en el artículo 71 del proyecto que se inspira —al igual que la sistemática de este título— en Toullier (64); tampoco puede la mujer casada contraer obligación civil, accesoria o principal sin permiso del marido, conforme a la vieja normativa romana. Pero el autor del proyecto procura destacar las facultades de la mujer, y si poco concede, subraya sus derechos más que sus limitaciones. Pueden comparecer en juicio en causa propia criminal, en causa civil, no estando sujeta a potestad marital o tutelar, o cuando quiere evitar que el marido dilapide los intereses comunes; en causas civiles y criminales cuando tiene la representación de los hijos o del marido. También, teniendo la edad necesaria hace fe en los juicios civiles o criminales, en los contratos, salvo que la ley exija específicamente la calidad de varón a los testigos. Y, también, llega a decir de modo que hoy

(62) *Proyecto* 1821, arts. 53-56 y *Code*, 7, 8, 10, 12 y 19; defecto de técnica es hablar de hijos de españoles —en plural— o que «la mujer sigue la condición del marido», mientras era más correcto «l'étrangère qui aura épousé un français», pues se limita a la propia legislación. No se comprende por qué omite el 18 *Code*, de recuperación de nacionalidad por vuelta a la patria. Sobre la mujer, Nov. 6, 11, 3, daba aquella solución ya.

(63) *Proyecto* 1821, arts. 57-70. Una comparación con el derecho anterior en M. PESET REIG, «Antecedentes de la unión...», citado en nota 146, págs. 319-320. Quizá no percibe la unidad, viendo las diferentes edades del *Code*, que trae TOULLIER, I, 151-154. *Código penal*, arts. 23-24.

(64) TOULLIER, I, 149-150; *Luisiana*, 25.

parece un tanto ridículo, que «la mujer, tiene derecho a ocuparse en cualquier labor o tráfico compatible con el decoro de su sexo» (65). En suma, estos preceptos tienen la intención de situar el sexo en un plano genérico, entre las calidades que afectan al goce de los derechos, pero no dejan de constituir una repetición, como habrá ocasión de ver al tratar de la mujer casada.

Pérdida, suspensión o preservación de derechos

En este título III del libro primero de la primera parte, los redactores del proyecto unieron tres núcleos distintos y difíciles de ensamblar. En su encuentro con el código galo se encaran con dos secciones: pérdida de la cualidad de francés y privación por condenas judiciales. Llevados de su propio ingenio, creyeron oportuno añadir aquí la ausencia. Y resultaron tres los núcleos a tratar.

«Los derechos políticos se pierden o se suspenden en los casos señalados por los artículos 24 y 25 de la Constitución», establecía el artículo 76 del proyecto. No se comprende bien por qué había de figurar aquí la pérdida de los derechos de ciudadano, ya que no fue objeto de reglamentación la adquisición de esta cualidad de los españoles, conformándose con las precisiones en el texto gaditano⁶⁵. Es verdad que sus causas coinciden bastante con la regulación del *Code*, mas éste les confiere como consecuencia la pérdida de la nacionalidad francesa, no sólo la ciudadanía (66). Efectivamente, en alguno de ellos —por adquirir naturaleza en país extranjero— la constitución debía haber privado de la naturaleza o nacionalidad española, pero en los otros —admitir empleo de gobierno extranjero, sentencias afflictivas o infamantes, residir cinco años en el extranjero— parece que bastaba despojar de la ciudadanía, sin afectar la nacionalidad. Pero las cosas así, es evidente que nuestro proyecto no debió tocar estas cuestiones. Una analogía externa de preceptos enturbió su técnica, ocupándose de algunos casos de pérdida de la ciudadanía, cuando, en conjunto, dejó ésta a la constitución.

Mucho menos debió hacer referencia al artículo 25, que aun cuando suspenda el ejercicio de los derechos políticos, no afecta al campo civil en que se mueve esta parte del código. Pero, ese apego a la constitución le lleva a tener en cuenta la suspensión del ejercicio de derechos políticos y a interpretar algunos de sus casos: deudor quebrado, deudor a los caudales públicos, procesado criminalmente, sirviente doméstico. Deudor quebrado es quien «suspendió los pagos y no ha sido rehabilitado por sus acreedores para continuar en la administración de sus cosas y giro de los capitales»; deudor de caudales públicos,

(65) *Proyecto 1821*, arts. 72-75, cita del 74; más adelante, arts. 314-324 me ocuparé de las concordancias; véase sobre la mujer el preliminar, pág. 22.

(66) *Code*, art. 17.

quien habiendo manejado caudales de la nación o establecimiento público provincial o local, se niega a rendir cuentas que se le piden, no lo hace en plazo o no satisface los alcances en el término fijado; procesado criminalmente es aquél contra quien el juez dicta auto de prisión, mientras no sea levantado. La definición de sirviente doméstico es más trabajosa: «el que presta *servicios puramente mecánicos* en favor de otras personas, como objeto principal de su ocupación. La ley no considera por *servicios* mecánicos las labores del campo, el ejercicio de las artes, oficios, comercio y otro cualquier género de industria o granjería; la enseñanza y educación de la juventud; el empleo en oficinas de administración, contabilidad u otros semejantes» (67). Una definición que se ve constreñida a completarse por enumeraciones; un antiguo recuerdo del desprecio hacia los servicios mecánicos o manuales, que después se salva por exclusiones, que reflejan una sociedad todavía agraria y artesanal, comercial.

Más sentado en razón —lo anterior fue excepción— se encuentra la versión del proyecto sobre la pérdida de derechos civiles por delito. Frente a la dureza de la muerte civil en el código francés, resalta —reco giéndolos de Toullier y otros lugares (68)— los derechos individuales que conserva, tales como: «1.^º, el de ser alimentado por el cónyuge, por los hijos y sucesores; 2.^º, el de la propiedad del trabajo que permitan las horas y la naturaleza de la condena; 3.^º, el de la libertad individual y consiguientes reclamaciones que permita la naturaleza de la condena; 4.^º, el de la disposición de sus bienes anteriores por causa de muerte, dentro del término que señala la ley; 5.^º, el de igual disposición de la propiedad que adquiriese según el caso 2.^º de este artículo». Mientras el *Code* abría la sucesión intestada, el proyecto permite testar o disponer por causa de muerte, pero, por lo demás, produce análogos efectos a la muerte natural, con el traspaso de las cosas, la cesación de la tutela o curatela, disolución de la patria potestad y otras relaciones semejantes. No intenta el proyecto una enumeración tan amplia como su modelo francés y, en cambio, se ocupa de los efectos del perdón real, que dispensa de las penas afflictivas, sin rehabilitar en los derechos perdidos, si no se hace mención específica (69).

Pero entremos en el aspecto más interesante, por su extensión y novedad, de este título tercero. Me refiero a la ausencia. La regulación de esta institución fue mérito indudable del *Code*. Desde Roma exis-

(67) *Proyecto* 1821, art. 79, en general 77-80; la definición se recogería en orden de 24 de junio de 1821, *Colección VII*, 186.

(68) TOULLIER, I, 252-253; «elle leur retire les droits civils qui sont son ouvrage, mais ne peut leur ôter les droits que la loi naturelle attache à la qualité d'homme», y se refiere a derechos de seguridad, de libertad, de propiedad... No puedo encontrar analogías con P. 4, 18, 2; por lo demás, esta pena estaba abolida desde 1771, entre nosotros, *Nov.* 12, 40, 7.

(69) *Proyecto* 1821, arts. 81-83, *Code*, 22-26; la referencia a alimentos se halla en *Vaud*, 12, 2.^a y el perdón real es idea de TOULLIER, I, 264-265, o bien *Code* 33, 2.^º.

tían algunos mecanismos para resolver estas cuestiones, principalmente a través del nombramiento de un curador; el código bávaro, por ejemplo, exigía su actuación conforme a los principios del derecho romano, y asimilando sus obligaciones y deberes a los de tutores (70). Pero fue el texto francés de 1804 quien proporcionó un modelo decisivo para su época en esta materia.

El proyecto español de 1821 se inspira en él, creo que no hay duda, pero con peculiaridades y arreglos que despiertan cierta admiración. A veces toma algunos préstamos del código austriaco. La situación española de guerras y emigraciones suscitaba interés por la institución, que apenas contaba con algunos preceptos insuficientes en nuestro derecho de *Partidas* (71).

Art. 84. El ausente del lugar de su domicilio, sin que conste de su paradero, conserva o pierde la propiedad de sus cosas, según determina la ley en los artículos siguientes.

Un encabezamiento, una definición de las que tanto gustan al proyecto, que podía extraerse de la doctrina anterior o del mismo código francés (72). Pero, a partir de este mismo instante, surge la desviación del modelo, con imperfecciones evidentes, pero dentro de la mayor originalidad.

Art. 85. La mujer del ausente pasados seis meses desde la ausencia, puede solicitar ante la autoridad pública que se la habilite para administrar las cosas comunes del matrimonio.

Art. 86. En defecto de la mujer tienen derecho a pedir la administración de las cosas del ausente sus hijos casados o mayores de edad, pasado el mismo plazo de seis meses.

¿Razón de esta regulación diferente al *Code*? El proyecto concedía gran importancia a la mujer casada, hasta el punto de atribuirle la patria potestad a falta del marido. Los códigos liberales europeos no llegaron a tanto, salvo algún caso (73). Francia confería a la madre, en caso de ausencia, la administración de los bienes si tuviera hijos y, a falta de ella, a los seis meses el consejo de familia dispondría de la guarda de los niños por sus ascendientes o un tutor. Garely, inspirado en estos artículos (74), así como en la posición elevada de la mujer —también

(70) *Baviera*, lib. I, cap. VII, arts. 35 y 39; prescindo de las referencias al *ius postliminii* y la *fictio legis Corneliae*, desaparecidos.

(71) P. 3, 2, 12; 3, 16, 4 y 14; 3, 31, 26 y 4, 1, 8.

(72) *Code*, 115 o algunos textos romanos, I. SERRANO, *La ausencia en el derecho español*, Madrid, 1943.

(73) *Luisiana*, art. 51; *Code*, 389-396 considera la tutela del padre y la madre, con cuidadosas restricciones a esta última.

(74) *Code*, 141-142.

en la curatela del cónyuge en caso de incapacidad— escribe este artículo 85, en que consagra el derecho de la hembra para la administración de las cosas comunes. Por cierto, presupone al ausente varón en estas primeras medidas, tal vez porque el marido no necesita esta administración de gananciales que posee por propio derecho. Menos disculpable es el artículo siguiente que, sin apercibirse, pasa de la administración de las cosas comunes al total del patrimonio del ausente, encomendándolo a los hijos. Si fuesen menores, se nombrará a petición de cualquiera un tutor —ya que falta la madre—, que será quien tenga mejor derecho a la sucesión. Hay pues, una administración preliminar que puede alcanzarse en cualquier caso.

Art. 89. Si el ausente no dejó mujer ni hijos, los parientes más cercanos pueden solicitar la administración, pasado el año de la ausencia.

Art. 90. En defecto de parientes o por su silencio o incapacidad, la Autoridad pública nombra administrador de las cosas del ausente, pasados dos años desde la ausencia.

La modificación del modelo francés es intensa. Incluso he llegado a pensar que estos artículos tenían otro origen, pero de ser así no he podido hallarlo. Parece una adaptación del *Code*, que, aparte la posibilidad que aludíamos de administrar en caso de tener hijos las mujer, permite al cónyuge la continuación de la comunidad bajo su administración y la posesión provisional de los bienes del ausente a favor de los presuntos herederos (75). Pero sorprendentemente se han introducido plazos y se ha hecho el llamamiento por orden escalonado a mujer, hijos, parientes y autoridad (76). La coherente concatenación de la ausencia francesa —presunción de ausencia con nombramiento de administrador, declaración de ausencia con envío provisional de los bienes a los cuatro o diez años y la posesión definitiva a los treinta— se ve quebrada en este proyecto con formas bien diversas. Por de pronto, simplifica en sólo dos supuestos, de los tres franceses referidos: una administración en favor del cónyuge, los hijos mayores y parientes, que hemos visto, y que varía en caso de haber dejado el ausente un procurador, y, una presunción de muerte transcurridos los treinta años desde su ausencia. Simplificación que es probable esté inspirada en el código austriaco (77).

(75) *Code*, 112, 124 y 120; MALEVILLE, I, 140 se refiere a que el antiguo derecho francés permitía no dar caución al que continúa la comunidad, si bien el art. 129 indica lo contrario.

(76) *Proyecto* 1821, art. 88 se refiere a «los parientes más cercanos por el orden de sucesión», que serían los herederos presuntos del *Code*; el art. 91 se refiere a la declaración de ausencia por el juez de primera instancia, y el 92 al nombramiento por alcalde, regidor y procurador síndico más antiguos; compárese el primero con *Code*, 120.

(77) *Austria*, art. 24, también los cien años de P. 3, 31, 26.

Si dejó procurador, la administración a que nos hemos referido no puede pedirse, sino a partir de un año, respecto de la mujer e hijos, y de diez para los demás parientes. En este período, en que la administración se halla en manos del procurador nombrado por el ausente, queda en expectativa la situación, hasta que trascurran estos plazos. La mujer, hijos y parientes pueden pedir que afiance las resultas de su gestión (78). Pues bien, transcurridos los plazos oportunos —según los casos— la mujer, los hijos, parientes o extraños, logran la administración de los bienes y, en este momento, es preciso formalizar inventario de los bienes y asegurar con fianza las resultas, salvo la mujer, los hijos y los ascendientes en línea recta, por analogía con las tutelas y las curadurías (79).

Todas estas administraciones se regulan por el artículo 96, que establece:

Todo administrador de cosas de un ausente está obligado a conservarlas y procurar su mejora y el aumento de sus rendimientos según su naturaleza. No puede enajenar las cosas inmuebles sin previa autorización del Juez de primera instancia, ni las muebles que pueden conservarse sin deterioración. El Juez, con audiencia del Síndico Procurador, concede licencia para la enajenación de las cosas inmuebles, o muebles respectivamente, si fuese necesaria para la conservación de una parte de las mismas cosas, o para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones existentes contra el ausente, o para proveer a la subsistencia de mujer, hijos o ascendientes en línea recta, en los casos que debería hacerlo el ausente (80).

También es de notar el artículo siguiente, que confiere a los administradores más cercanos —mujer, hijos, ascendientes— el usufructo de las cosas administradas, mientras que los demás perciben una cuota del cuatro al diez por ciento del producto íntegro, por analogía estricta con los tutores (81).

Por último, la presunción o declaración de muerte en nuestro proyecto. Solución desusada que parece influir en la posterior regulación de nuestro vigente Código hasta la reforma de 1939.

(78) *Proyecto 1821*, art. 95, *Code*, 121, que naturalmente carece de ese acortamiento de plazo para mujer e hijos; en su discusión, Cambacérès proponía una procuración indefinida si el procurador era el presunto heredero, conforme a viejas costumbres francesas, pero la sugerencia se perdió de vista «dans la vague de la discussion», MALEVILLE, I, 136.

(79) *Proyecto 1821*, arts. 93 y 94, *Code*, 126, 120 y 124.

(80) Compárese con *Code*, arts. 126 y 128.

(81) *Proyecto 1821*, art. 97, y el 454 sobre remuneración a tutores; *Code*, 127 concede del 10 al 20 por 100; el art. 98, comparable a *Code*, arts. 134 y 112, se refiere a los derechos de tercero contra el ausente que pueden dar lugar a nombramiento de defensor y administrador para que se entiendan con él las reclamaciones, desde el primer momento.

Art. 101. Pasados treinta años desde la ausencia, la ley presume muerto al ausente y trasmite la propiedad de sus cosas a sus hijos, ascendientes y demás parientes, según las reglas de la sucesión intestada.

El ausente que compareciese pasado este tiempo, y lo mismo los hijos o descendientes suyos habidos durante la ausencia, tienen derecho a ser alimentados por los que heredaron sus cosas, aunque ya no las posean, en cuanto exigiere la necesidad de los unos y permitieren las facultades de los otros.

Art. 103. Si las cosas del ausente se hallasen en poder de un administrador extraño, y hasta los cuarenta años no compareciese el ausente, ni se presentasen parientes dentro del grado legal de sucesión, la propiedad de sus cosas queda caduca y pertenecen a la Nación...

Art. 104. Los treinta o cuarenta años, respectivamente, de que hablan los artículos anteriores se entienden trascurridos en todo caso desde que el ausente hubiese cumplido noventa años de edad.

En estos artículos hay una influencia muy clara del código de Austria, que reputaba por muerto al ausente que haya cumplido ochenta años —cien establecía *Partidas*—, de quien no se tengan noticias en treinta o, en tres años, si resultó herido en una batalla o perdido en un navío (82). El proyecto Garely recoge los dos primeros supuestos, si bien el primero lo deja en los noventa años. De esta manera llegó a nuestro Derecho la presunción de muerte, desconocida entre los que forman la familia del francés. Igualmente resulta acortado el plazo, pues el *Code* contaba los treinta desde la declaración de la ausencia, mientras el proyecto desde el momento que se produce... Y la vuelta del ausente no produce efecto, mientras Francia devolvía los bienes en el estado en que se hallasen (83). Por último, el artículo 102 recoge preceptos franceses sobre la apertura del testamento, sin duda para que la administración y posterior trasmisión de propiedad se haga conforme a la voluntad del testador.

Art. 102. Si antes de expirar el plazo de los treinta años apareciese testamento otorgado por el ausente, se estará a su contenido; y los herederos podrán reclamar todas las cosas y las cuentas de la administración (84).

(82) *Austria*, art. 24 y P. 3, 31, 26; *Code*, 129, los cien años.

(83) Véase *Code*, 129, 131-133; también reduce a alimentos *Prusia*, art. 852.

(84) Procede de *Code*, art. 122, que se limita a apertura del testamento, en juego con el 130 que determina la apertura de la sucesión del ausente. Sin duda, dos casos diferentes —testada e intestada—, pero que se resuelven mejor en el proyecto. Al aclarar el precepto, MALEVILLE, I, 138 s., expone el problema: dos costumbres francesas encontradas; una que no abría el testamento hasta el tras-

La restitución de los derechos

He aquí un punto en donde los legisladores del trienio, en nuestro proyecto, apenas acudieron al derecho francés.

Por de pronto, coloca en esta primera parte un título sobre la restitución de los derechos civiles y contempla sus posibilidades con toda amplitud. Las *Partidas* consideraban esencialmente el caso del menor: «que revoque el juicio que fuese dado contra él, e torne el pleito en el estado en que era», dicen; y después lo extendía a otros supuestos (85). La idea de lesión era central para ellas, e igualmente la conserva el proyecto.

Art. 105. La ley por causas justas y expresas restituye en ciertos casos o a ciertas personas un *derecho* ya perdido.

Art. 108. La restitución se pide contra los que causaron la lesión y sus herederos; o contra terceros poseedores sabedores de ella.

Art. 109. La lesión que da lugar a la restitución, respecto de los hechos extrajudiciales, ha de ser de una cuarta parte a lo menos, habida consideración al valor de las cosas en la época en que se causó.

Art. 110. En los actos judiciales ha lugar a la restitución cuando por la persona a quien compete se han omitido en tiempo hábil algunas de las diligencias...

Con toda generalidad se une en este concepto la nulidad de lo actuado en juicio con la nulidad de relaciones civiles, conforme a la tradición de *Partidas* (86). Sin embargo, el proyecto quiere imitar las perfecciones del francés con una sistematización general de las causas de restitución. El *Code* señalaba la nulidad de las obligaciones por defectos en el consentimiento —error, violencia, dolo—, capacidad —menores, incapaces, mujeres casadas—, objeto cierto y causa lícita, con la posibilidad de la rescisión en algunos casos de lesión... Pero el proyecto no alcanza tanta finura. Establece la restitución, en general, para los menores e incapacitados —por lesión—, así como por miedo, dolo, ausencia y error o ignorancia (87).

Los menores de veinte años, así célibes como casados, con algunas excepciones, tales como ser comerciantes, fingirse mayor, por aprobar

curso de un largo plazo, otra que prefería al heredero instituido para hacerse cargo. Prevaleció esta costumbre de París por mayoría, pues no era conveniente dejar tiempo sin cumplir últimas voluntades.

(85) Véase P. 6, 19, 1 y P. 3, 25, 1.

(86) P. 3, 25, 2 y P. 6, 19, 3 y 5.

(87) *Code*, arts. 1.108, 1.109-1.133; sobre rescisión, 1.118, 1.304, 1.314. Leyendo a MALEVILLE, III, 5-33 puede apreciarse su origen en Pothier y el derecho romano.

el acto llegada la mayor edad o por sufrir la «lesión por error de la profesión o arte que ejercen» (88). Debe justificarse la lesión antes citada y la minoría. Miedo, dolo y ausencia —las otras causas— no poseen excesivo desarrollo (89), en cambio, resulta muy interesante la parte referida a la ignorancia y el error; en ella, por su misma colocación en parte general, une todos los problemas de la ignorancia del derecho, juntamente con la ignorancia de hechos, recordando el viejo tratamiento de *Digesto* (90). Su idea era clara: la ignorancia o el error de derecho, cuando la ley así lo determine, produce la restitución «para evitar o resarcir un daño estimable contra aquél a quien no favorece otro título en la cosa, objeto de la restitución, que el hecho mismo en que intervino la ignorancia»; al tiempo que excluye esta excusa cuando la ley afecta al orden público o la moralidad de las acciones. Al igual que no eran renunciables, tampoco pueden afectarse por la ignorancia. El error o la ignorancia en los hechos ajenos —en cambio— determina siempre la restitución, salvo que fuera crasa y afectada; mientras en los propios solamente en las mismas condiciones trascritas para el error de derecho, o sea, para evitar o resarcir daño, si no le favorece otro título sobre la cosa (91).

Por fin, algunos artículos determinan los efectos de la restitución. En hechos judiciales, rehabilita para reproducirlos nuevamente; en los extrajudiciales rescinde los que causaron lesión. Se extiende la última a lo principal y los frutos, pero indemnizando a la otra parte contra quien se pide la restitución, para que quede sin daño, devolviendo las mejoras que hubiere realizado (92).

En conjunto, la vieja institución romana no alcanza la regulación del *Code*; se mantiene, bien que estructurada y remozada por una mente que sabía manejar el derecho. Sin duda, hay que reconocer el

(88) *Proyecto* 1821, art. 112; las excepciones pertenecen a *Code*, arts. 1.307-1.308, 1.311, si bien la declaración de ser mayor impide la restitución como en P. 6, 19, 6, donde se recogen otros supuestos. Véase J. SALA, *Ilustración*, I, 91-94.

En los siguientes artículos *Proyecto* 821, arts. 113-117, se aclaran algunas cuestiones sobre los casos en que se presenta, sobre la imposibilidad de utilizarla contra otro menor, la equiparación de los incapaces —en *Code*, 1.312 y 1.314— y, por fin, la negación de esta posibilidad a los cuerpos morales, que admitía P. 6, 19, 10. En los plazos, *Proyecto* 1821, art. 127, también hay coincidencias con P. 6, 19, 8, *Nov.* 11, 12, 1 y *Code*, art. 1.304.

(89) *Proyecto* 1821, arts. 118-121, de construcción diferente a *Code*; prescinde de la violencia que se hallaba en éste y en *Partidas*; recoge los otros casos del francés, salvo ausencia, que viene de P. 3, 23, 10 y 3, 29, 28, así como *Nov.* 11, 34, 4; también sobre miedo y dolo P. 5, 5, 56, P. 7, 33, 7, P. 3, 7, 15, aun cuando la lejanía de estos textos es manifiesta.

Años más tarde, P. GOROSABEL, *Redacción del código civil de España*, Tolosa, 1832, págs. 104-111, construye más cerca del código francés.

(90) Tratamiento en D. 1, 18, así como F. R. 1, 6, 4, *Nov.* 3, 2, 2 y P. 1, 1, 20 y 21. Véase un comentario sencillo de la época, J. SALA, *Digestum romano-hispanum*, 2.^a ed., Madrid, 1824 (1.^a 1794), II, págs. 68-70.

(91) *Proyecto* 1821, arts. 122-126.

(92) *Proyecto* 1821, arts. 128-133, los dos últimos de procedimiento y sobre los efectos de suspensión o caución.

esfuerzo de esta construcción doctrinal, que lleva la restitución a concepto e instrumento más general y examina con amplitud las cuestiones de defectos de voluntad, tanto respecto de los hechos judiciales como los extrajudiciales. ¿Mejor la técnica del *Code*? Posiblemente, pero restringida a las obligaciones, a un ámbito más reducido.

Actos de nacimiento, matrimonio y muerte

El título V del libro primero de la primera parte, vuelve a acogerse al modelo francés. Sorprende, pues estos actos y su registro habían sufrido una reducción laica en el código de la nación vecina. Nuestro proyecto, sin embargo, encuentra acertadas sus disposiciones sobre las actas y documentación de estos hechos y sigue de cerca sus preceptos, si bien respetando al párroco católico como eje esencial, conforme a la tradición española. «La Religión de la Nación española —decía el artículo 12 de la constitución— es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera».

El proyecto de 1821 exige la pública instrumentación del nacimiento, el matrimonio y la muerte; enumera los requisitos de día, mes y año, nombres y apellidos, profesión y residencia de los que intervienen, así como los documentos que se presentan. E, inmediatamente, hace la conversión del *Code* al catolicismo tradicional de España. El texto francés se refiere al oficial del estado civil, el proyecto establece:

Art. 136. Para la extensión del instrumento de todo acto de nacimiento, matrimonio y muerte deben intervenir la persona pública que señala la ley, y dos testigos varones, de edad de veinte años cumplidos.

Art. 137. La ley señala a los párrocos como personas públicas encargadas de autorizar la autenticidad de dichos actos (93).

Parece que se percibe la sutura, el añadido para trasformar las disposiciones francesas. La lectura y firma del acta correspondiente apunta alguna peculiaridad en el proyecto, ya que se prevé con mayor detalle sobre el caso de que no supiera leer o escribir alguno de los testigos y personas interesadas en el acto (94). Algunos preceptos sobre

(93) *Proyecto* 1821, arts. 134-137; los primeros, sobre requisitos del instrumento público, de *Code*, 34, 35, 37 con leves diferencias, los testigos han de ser presentados por los interesados. Frente a esta cristianización, los códigos ilustrados refieren esta materia a las normas de la iglesia: *Austria*, código de procedimiento 1780, arts. 111-112; *Baviera* no se refiere, en cambio la protestante *Prusia*, arts. 481-505. La recepción de Trento en *Nov.* 1, 1, 13.

(94) *Proyecto* 1821, art. 138, exigiendo la firma de uno de los testigos y de la persona interesada; en su defecto un tercer testigo, para que hayan siempre tres firmas. Compárese a *Code*, 38 y 39.

la manera de llevar las actas son también propias; se establece la obligación de remitir testimonios a los jefes políticos, y de éstos a la secretaría de gobernación. Los libros son parroquiales, a diferencia de Francia, pero con estas copias y cierta vigilancia encomendada a los jefes políticos, se crea —ya que no un registro civil estatal—, sí, una dependencia y duplicidad por parte del estado (95). Otras determinaciones, como la notificación a los cónsules o agentes diplomáticos de los actos celebrados en el extranjero, para su remisión al ministerio, continúan esta regulación tan cerca del código napoleónico; aun cuando sean distintos sus principios cardinales. La certificación de los libros hace fe, y en su defecto o pérdida, vale por copia del ministerio de la gobernación; en último caso, puede acudirse a otras pruebas por instrumentos o por testigos. Los defectos, por «omisión de la autenticidad en la sustancia o en el modo» constituyen en responsabilidad a la persona pública —o párroco—, sujetándole a una multa de cuatro a veinte reales por cada asiento omitido o defectuoso (96). El gobierno español, sin abandonar el sistema de registro parroquial, va enlazándolo por una red de disposiciones que aseguren y controlen el registro.

Después examina el proyecto los diversos supuestos de nacimiento, matrimonio y muerte. Pero, mientras el primero merece una amplia atención, en cambio, para matrimonio le basta referirse a las disposiciones establecidas por este código y dar el modelo del acta; la muerte, algo más regulada, no alcanza la minuciosa perfección de su modelo. ¿Le resultan extraños los preceptos franceses? ¿Considera superfluo tantos detalles en materia bajo normas canónicas?

Dentro de las veinticuatro horas posteriores al nacimiento, deben presentar al niño ante el párroco y dos testigos, para ser bautizado. Están obligados a hacerlo los padres, parientes, amigos, vecinos u otros interesados: declararán el día y la hora, sexo, nombre, apellido, domicilio y oficio de los padres y padrinos... El párroco extenderá el acta dentro de otras veinticuatro horas (97).

Luego vienen los casos especiales; no sólo los previstos por el código francés del hallazgo del recién nacido o el nacido a bordo, sino

(95) *Proyecto* 1821, art. 141 sobre que se extiendan en papel sellado, arts. 139-140, 142 sobre la manera de llevar los libros, sin abreviaturas, interlineados, huecos, los libros..., adaptaciones de *Code*, 40-43; sobre su anterior organización en Francia, MALEVILLE, I, 67-69; también sobre por qué se confirió a los jueces estos registros, 70-72.

La duplicidad de registro, o comunicación, en *Proyecto* 1821, arts. 143-144, o el 149 sobre la visita y reconocimiento de libros por los jefes o delegados, como el procurador real del *Code*, art. 53.

(96) *Proyecto* 1821, arts. 145-150, extraídos prácticamente de *Code*, 47-48, 45-46, 50 y 52.

(97) *Code*, arts. 55-57, con alguna peculiaridad de *Proyecto* 1821, aparte las derivadas del bautizo, o el plazo de tres días del ordenamiento francés; MALEVILLE, I, 81 advierte que en una redacción anterior se puso veinticuatro horas, mas pareció corto. El derecho francés establecía la obligación de declarar a médicos y parteras.

con una variedad mayor, que desborda el laconismo de aquel modelo. Primero: los expósitos, llevados a la inclusa, se presentan por el jefe del establecimiento, extendiéndose el acta con todos los detalles conocidos. Segundo: el abandonado en un templo u otro paraje se presenta por el alcalde, que, en su caso, instruirá las oportunas diligencias. Tercero: los nacidos por casualidad en caminos o despoblados, se bautizan por el párroco del distrito, enviando copia auténtica al del lugar del domicilio de la madre. Cuarto: los nacidos a bordo, de quien extiende el acta el capellán del buque —o en su defecto, el escribano o el capitán—, que remite original al párroco de los padres, para su inserción en el libro. Quinto: los nacidos en campaña, por el párroco castrense, enviando a la secretaría de guerra el acta. Sexto: el nacimiento del príncipe de Asturias o infantes, en que las cortes o la diputación permanente envían dos comisionados a la presentación y al bautizo, firmando las actas por duplicado y pasando una a las cortes. Hay aquí retazos del casuismo canónico y aun romano, juntamente con disposiciones de nuestro derecho anterior a los códigos. El nacimiento del príncipe trae recuerdos de las costumbres de palacio en los partos regios, así como algún precepto de la constitución de Cádiz, que exigía esa duplicidad de actas para su archivo en cortes (98). Por fin, para mayor facilidad —siguiendo aca-so el ejemplo de *Partidas*, de suministrar modelos de actos jurídicos— nos brinda la fórmula con que se ha de extender el acta de nacimiento, de matrimonio y de muerte (99).

Respecto de la última se dan algunas normas muy concretas, además de la fórmula del acta. «Para la humación de todo cadáver —señala— se necesita previo permiso, de palabra o por escrito, del alcalde o de quien haga sus veces. Este permiso le reclaman las personas de la familia u otras interesadas en la inhumación. Para dar el permiso puede el alcalde practicar por sí, o por persona de su confianza, la inspección ocular del cadáver. En caso de muerte violenta no dará el permiso, hasta que se hagan en el cadáver los reconocimientos necesarios para la comprobación del hecho que pueda dar lugar a una actuación judicial» (100).

(98) *Proyecto* 1821, arts. 156-163; *Code*, 59-61.

La fórmula del acta, *Proyecto* 1821 art. 161, no sale de la práctica usual del momento, es más completa. Sobre nacimientos reales. L. CORTÉS ECHANOVE, *Nacimiento y crianza de personas reales en la Corte de España*, Madrid, 1958, 134-140, 150 s., donde pretende asistir la diputación del reino; 153 s., 156-164, 165-168, etc. Véanse los artículos 209-211 de la *Constitución* de 1812; arts. 184-188 del reglamento interior de las Cortes de 29 de junio de 1821, que recoge anteriores, y decreto de 16 de mayo de 1821, *Colección*, VII, 416 s. y 95.

(99) *Proyecto* 1821, art. 161, que no corresponde con la práctica usual del momento, sino aplica la nueva regulación; para matrimonio y muerte, arts. 165 y 172.

(100) *Proyecto* 1821, arts. 166-168, citado el último; corresponde, más toscamente a *Code*, 77-78, 81, en que se exige la presencia del médico y el permiso por escrito. El texto francés, en una época de guerra, se extiende sobre muertes especiales en mar o en casos de militares, también sobre muerte violenta, en prisiones, etc., *Code*, 81-98; nuestro proyecto es más parco con remisión a ordenanzas, *Proyecto* 1821, art. 169, ceremonia religiosa 171. Sobre las epidemias en la época y el código de sanidad, M. y J. L. PESET, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972.

Debería realizarse la inhumación en un plazo entre las veinticuatro y las cuarenta y ocho horas, salvo caso de epidemia —tan frecuente entonces— o que dispongan otra cosa las ordenanzas de mar y de tierra. Por último, una referencia a la ceremonia religiosa y al párroco que debe celebrarla completan estas disposiciones del proyecto.

Zona, pues, de marcado predominio de imitación francesa, donde sobre el cañamazo de las disposiciones napoleónicas se añaden retoques y se hace adaptación a la católica España.

El domicilio y los diversos fueros

Un artículo realiza la introducción doctrinal, el 173: «Los derechos y las obligaciones se hacen efectivos en el lugar del domicilio o vecindad de la persona o personas... (101). Una referencia al Derecho fundamental: «El domicilio o vecindad es de libre elección». Inmediatamente la definición, la precisión del concepto con elementos de nuestro viejo derecho.

Se entiende elegida para domicilio la localidad donde se reside con industria o modo de vivir. Los viajes o ausencias pasajeras no hacen perder el domicilio. Es pasajera la ausencia cuando se dejó casa abierta y poblada y no consta de otro domicilio.

El domicilio o vecindad se prueba por el registro en la matrícula civil que exige la ley, si se trata de reclamar derechos de vecindad. Para cumplir las obligaciones inherentes a ella basta que se acredeite la residencia habitual (102).

Y en este punto —a diferencia de lo que le ocurrió en edad—, la unicidad de domicilio se proclama. «La ley —establece el 176— prohíbe disfrutar simultáneamente derechos de domicilio o vecindad en dos partes. En los casos dudosos se entiende que cada uno goza de la vecindad donde residió la mitad del año y un día más». Este precepto, que no se llegó a poner en el *Code*, aunque figuraba en proyecto, se inspira posiblemente en los comentaristas del texto francés (103). Pero en conjunto nuestro proyecto se ha apartado de las concepciones francesas, del principal establecimiento y de las sutilezas de la intención, a efectos de determinar el domicilio.

Sin embargo, algunos de sus artículos se conectan con Francia. Así, los empleados públicos civiles, eclesiásticos o militares, aunque sean amovibles, tienen su domicilio en la localidad donde ejercen el cargo. La mujer el del marido, con las usuales excepciones de divorcio —se le

(101) Este precepto puede inspirarse en TOULLIER, I, pág. 318 s.

(102) *Proyecto* 1821, arts. 174-175. La libertad de domicilio en TOULLIER, I, pág. 182. La idea de vecindad se recogía en *Constitución* 1812, arts. 18, 21, 22, 35, etc. y venía de C. 10, 39, 7 y del *Code*, 102, aun cuando difiere.

(103) TOULLIER, I, 321; MALEVILLE, I, 114 s.

escapa la palabra—, o habilitación para administrar los bienes por ausencia o incapacidad. Los menores el de sus padres, tutores o curadores, aun cuando, como hemos de ver, la curatela ya no se aplicaba a los menores (104). En la enumeración de posibles domicilios o fuenro del lugar, el proyecto sobrepuja ampliamente las reglas establecidas en el *Code*. Toullier había escrito:

C'est aussi le domicile de la personne qui règle le lieu où elle doit être assignée, et, le plus souvent, le tribunal où ses affaires doivent être portées.

Le second effect du domicile concerne les successions. C'est le domicile du défunt, et non pas l'endroit où il est mort, qui détermine le lieu où s'ouvre la succession, et par conséquent le tribunal où doivent être portées toutes les questions... (105).

El código francés daba pie a estos planteamientos, con alguna referencia al lugar donde se abre la sucesión, y al que se determine por las partes para la ejecución de un acto; y el *Code de procédure civile* pudo también ayudar. En todo caso, Gareilly determinó con minuciosidad los distintos lugares para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos, trayendo cuestiones procesales, en una época en que no estaban claros los límites. Nuestro derecho anterior unía estas cuestiones. El juicio de testamentaría corresponde al domicilio del finado, para el inventario y ejercicio de los derechos; sin embargo, respecto de cosas sitas en otros puntos podrá quebrarse esta regla. Los coherederos, consocios, deudores de una misma cantidad o acreedores del concurso reclaman o pagan en el lugar de la división hereditaria, de rendición de cuentas de la compañía, el pago o cobranza. El concurso se radica en el domicilio del quebrado. Los contratos en el lugar donde se convino o, en su defecto, en el lugar donde se concluyó, si se halla en él la persona obligada o tiene allí bienes. Las reclamaciones de propiedad, salvo acuerdo, donde se hallen. Los reos donde perpetraron el delito, si fueren cogidos en él, o si se tratare de delitos que ofenden la causa pública por su publicidad o escándalo; en otro caso, podrá deducirse la acción en el lugar del delito, en el domicilio del reo o donde pudiese ser habido. «El que demanda a otro por derecho propio en un domicilio puede ser reconvenido en aquel mismo domicilio». (106). Incluso se ocupa el proyecto de especiales domicilios, tales como el fiscal para pago de contribuciones territoriales, donde

(104) Proyecto 1821, arts. 177-179; *Code*, 105-109, con una solución menos certera respecto de los empleados públicos, ya que distingue entre temporales y vitalicios.

(105) TOULLIER, I, 320 s.

(106) Proyecto 1821, arts. 180-181, 187, 186, 188, 185, 190; *Code*, 110-111, *Code de procédure civile*, 59-74; *Code d'instruction criminelle*, art. 63. Véase también, P. 7, 29, 1; 7, 1, 15; 3, 2, 32; Nov. 12, 36, 1. J. SALA, *Ilustración*, II, 159, cita otros.

se encuentran los inmuebles, o para industriales, el lugar del establecimiento fabril, comercial o industrial. Domicilio policial, donde se encuentra la persona en el momento. Domicilio político en «la localidad de la respectiva parroquia y en casa, donde se mora de asiento ocho días a lo menos antes de la elección, lo cual debe resultar de la matrícula civil. Domicilio a efectos militares de un alistamiento, que no se pierde aun cuando se traslade después de la publicación del alistamiento para reemplazo; el domicilio de los militares es el del lugar en que se hallaren, ya que no tienen residencia fija, sin perjuicio de conservarles las reglas sobre herencias, cosas o delitos, siempre que estos no sean militares» (107).

Las cuestiones procesales no se deslindan suficientemente en el proyecto, de aquí estas determinaciones, que más tarde nuestro código civil remitirá a la ley de enjuiciamiento. A continuación veremos que también sobre pruebas se extenderá el proyecto.

De las pruebas y las autoridades

Todo un tratado de las pruebas, sobre que algún día tendrán que fijarse quienes quieran entender la evolución de estas cuestiones. Es difícil encontrar de dónde derivan. Bentham tal vez (108), la práctica de nuestros tribunales... Son de gran perfección doctrinal. Primeras definiciones:

Art. 192. Se llama prueba la justificación de un hecho practicada por el que intenta acreditar su certeza y por los medios que señala la ley.

Art. 193. La prueba es artificial o indirecta si se deriva de hechos no dudosos por medio de raciocinios o inducciones sacadas de la naturaleza de las cosas. Es inartificial o directa si se deriva de aserciones puramente extrínsecas.

Art. 194. La prueba inartificial se suministra por medios ordinarios o extraordinarios. Son ordinarios los instrumentos

(107) *Proyecto* 1821, arts. 182-184, 189. Sobre el domicilio político, aparte la constitución de 1812, TOULLIER, I, 39; y la cuestión de su duplicidad y diferencia con el constitucional, MALEVILLE, I, 114-117. Sobre domicilio de militares, Nov. 7, 26, 10; en *Partida 4*, tít. 24 se trata de naturaleza con mayor referencia a pertenencia al señor o al reino; sobre fuero, P. 3, 2, 32, y F. R. 2, 1, 2. Sobre el estado de ideas y normas sobre el domicilio, como lugar donde se habita con ánimo de permanecer, J. SALA, *Ilustración*, I, 17-18. GARELLY califica como defec-tuosísimas nuestras leyes, *Proyecto* 1821, pág. 19.

(108) Algunas analogías se aprecian con J. BENTHAM, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 vols. Buenos Aires, 1959, si bien es imposible la influencia directa, pues su primera edición francesa, a partir de manuscritos del autor por Etienne Du-mont, lleva fecha de 1823. Hay concomitancias con nuestro derecho y nuestra práctica, véase L. GÓMEZ NEGRO, *Elementos práctica forense*, Valladolid, 1825 (1.^a ed. 1806) y también con TOULLIER, según la nota siguiente.

y los testigos. Son extraordinarios el juramento, la confesión y la inspección ocular.

Art. 195. La prueba artificial o inartificial puede ser completa o incompleta. Es completa cuando la ley reputa por cierto el hecho que se intenta justificar; y en su virtud se debe adjudicar definitivamente derecho al que la suministró. Es incompleta cuando la ley no la reputa suficiente para que se tenga por indudablemente cierto el hecho sobre que recayó.

Continúa con los grados de probabilidad o las distintas clases de presunciones —legales o fundadas en verosimilitud—, sobre el valor de las pruebas y, por fin, extensamente sobre cada uno de los medios probatorios contenidos en el artículo 194. Supera con mucho el *Code* y el tratamiento que nuestras leyes o nuestra práctica hacían de estas materias. Aquél se preocupaba sólo de la prueba de las obligaciones pero ni siquiera el *Code de procédure civile* se imita. Toullier se ha tenido en cuenta, con el gran desarrollo que se da en su comentario a las cuestiones de prueba, pero sin duda, la precisión y sistemática de nuestro proyecto es original; la conservación de soluciones tradicionales es grande (109). Pero no voy a entrar en estas materias procedimentales. Dejemos para mejor ocasión su estudio. Este como el siguiente título desbordan los límites de la materia civil, que me he propuesto trazar en esta valoración del proyecto de 1821.

El título octavo del primer libro de la parte primera, es como un anticipo de aquella segunda parte, sobre aspectos administrativos, que nunca se llegó a redactar. Distingue dos tipos de autoridades o personas a quienes toca hacer efectivos los derechos y obligaciones: autoridades gubernativas y judiciales. Las primeras, a quienes también califica de económicas, tienden a hacer efectivos los derechos y las obligaciones que emanen de la ley y son incontestables: las autoridades judiciales la aplican en asuntos litigiosos, civiles y criminales. Son los tribunales, jueces —en su caso—, árbitros. Los derechos y las obligaciones que nacen de convenios o de títulos aprobados por la ley se reclaman ante el juez si la persona no accedió a los esfuerzos conciliatorios de la autoridad gubernativa. Y no importa que el conocimiento del asunto sea sumario u ordinario, de posesión o de propiedad, ni tampoco que el juez sea propietario o interino, en los casos de vacante, ausencia, indisposición o recusación (110). Todavía mayor interés posee las nociones que dedica —en general— a la autoridad gubernativa, referido a los jefes políticos y los alcaldes, las dos piezas de la autoridad menor, aun cuando también se refiera a otras de manera genérica y difusa.

(109) *Code*, 1.315-1.369, *Code de procédure civile*, arts. 193-213, 214-251, 295-336, etc.; asimismo MALEVILLE, III, 142-182 y, sobre todo, TOULLIER, tomos XI y XII; sin embargo, la determinación de estas influencias y la originalidad de este tratado de pruebas merece un estudio aparte.

(110) *Proyecto* 1821, arts. 264-268; 274-276.

«Toda persona o cuerpo que ejerza autoridad en algún ramo de la administración pública y gobierno del estado en nombre de la ley debe ser obedecida cuando manda dentro de la esfera de sus atribuciones» (111). Las autoridades gubernativas pueden apelar a la fuerza pública o a los demás españoles, así como a las conminaciones, las multas y la persecución.

En suma, una determinación de las autoridades que están por detrás de los preceptos del proyecto, un avance de la parte administrativa que no redactaron.

V. DE LAS PERSONAS, SEGUN SU DIFERENTE CONDICION DOMESTICA

Comienza el libro segundo

Anteriormente se había examinado el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en razón de la calidad de las personas, individualmente. En especial en el título segundo, del primer libro de la primera parte. Este libro segundo trata de los derechos y obligaciones según sus relaciones entre ellas, que llama condición doméstica: la idea procede de las generalizaciones de Jeremy Bentham, y el inglés todavía añadía un cuarto *status* o condición que relacionaba a los esclavos con sus amos. El proyecto de 1821 no se ocupa de esta diferenciación, que, sin embargo, estaba vigente en su tiempo (112).

El presente libro contiene cuatro títulos:

- I. De la condición de marido y mujer. Arts. 277-356.
- II. De la condición de padres e hijos. Arts. 357-385.
- III. De la condición de protector y protegido. Arts. 386-454.
- IV. De la condición de superior y dependiente. Arts. 455-476.

El discurso preliminar, al comentar este libro, examinaba el juego entre la igualdad y la desigualdad, que inspira a la constitución, su norte y su guía. Quiere «identificar cuanto sea posible la vida privada

(111) *Proyecto* 1821, arts. 269-273, citado el último. Todo el título VIII está relacionado con la parte segunda, que no se llegó a redactar, y ha sido ya objeto de nuestro estudio.

(112) J. BENTHAM, *Principios*, II, 166-227; *Tratados*, III, 143-169. También en TOULLIER, I, 154, «Cette différence proscrie en France depuis longtemps, a été conservée pour les colonies françaises dans les Deux-Indes». En España subsistía en *Constitución* 1812, arts. 5 y 22, o J. SALA, *Ilustración*, I, págs. 10-13. Aunque referida a época muy anterior, algunas indicaciones en la tesis doctoral de V. GRAULLERA SANZ, *La esclavitud en Valencia durante los siglos XVI y XVII*, Valencia, 1974, inédita.

La otra distinción fundamental del antiguo régimen, nobles y no nobles, está suprimida en BENTHAM. TOULLIER, I, 155-162 nos describe sus vicisitudes en Francia, con la restauración borbónica y la Carta de 1814. Debe verse J. SALA, *Ilustración*, I, págs. 13-15.

e interior con el espíritu de la Constitución». Pero algo parece discordar cuando se une la igualdad con las realidades más concretas del derecho civil. Porque la constitución,

... al crearnos una anchurosa libertad e *igualdad civil*, dio por sentada la desigualdad que nace de la edad, fijando la necesaria para el ejercicio de los derechos más preciosos; la que proviene del sexo, limitando al varonil el desempeño de los cargos públicos; la que se deriva del estado de prosperidad, suspendiendo el ejercicio de la ciudadanía a los sirvientes domésticos, y el de la voz pasiva en las elecciones de Diputados a Cortes (a su tiempo) a los que no posean una renta según los artículos 92 y 93; la que produce la educación e instrucción consiguiente, acordando la suspensión de los referidos derechos desde el año 1830 a los que no sepan leer y escribir; la que dimana de la condición, prescribiendo como una obligación la de respetar las autoridades establecidas (113).

¿Para qué esas precisiones sobre las desigualdades en el texto de 1812? Dos hipótesis, ambas verdaderas y aplicables, se me ocurren de inmediato al plantear esta cuestión. Garely hace referencia a viejas realidades del antiguo régimen, que se arrastran hacia la edad contemporánea y tropiezan con un dictado de igualdad absoluta, jurídica y abstracta, generosamente concedida en los artículos de la constitución. ¿Acaso el matrimonio, la tutela y la curatela no son instituciones viejas como los siglos? En segundo término —y es mérito de Garely percibirlo—, una cosa es la declaración legal de igualdad y muy otra una auténtica igualación de las personas. Todos iguales, pero las diferencias entre marido y mujer, entre mayores y menores —quizá la más natural—, entre amos y criados se mantienen vivas y firmes. La mente liberal sabe poner en su lugar a las mujeres, a los criados y a las clases inferiores, por razón del sexo, la edad y el poder que confiere la riqueza.

(113) Discurso preliminar del *Proyecto 1821*, pág. 21. Este matizar la igualdad pertenece a las ideas de la época, veamos algunas apreciaciones de BURLAMAQUI, *Elementos del derecho natural, traducidos del latín al francés por BARBEYRAC, y al castellano* por D. M. B. GARCÍA SUELTO, Madrid 1820. «Es preciso observar con atención que la igualdad de que hablamos, es propiamente una *igualdad de derecho*, y no una *igualdad de hecho o de fuerza*», pág. 129; «Es verdad que los hombres más *sabios*, más *virtuosos* y más *alentados* son por lo mismo más a propósito para mandar a los demás; —si bien añade— pero no se deduce de esto que les dé actualmente la naturaleza el derecho de gobernar: para esto es necesario un acto positivo de consentimiento por parte de aquellos a quienes se pretende mandar», págs. 131-132.

Sobre el matrimonio

En verdad el proyecto fue certero y creador en la regulación de esta institución. Supo seguir el código francés, adaptándolo a nuestras convicciones religiosas, pero procurando la intervención del estado en el mismo, tal como reclaman las ideas liberales. Usa elementos tradicionales canónicos, pero también alcanza una traducción jurídica —una cristianización moderada— del *Code des français*. El despegó hacia la iglesia que manifestó el trienio hace intervenir al gobierno liberal en esta materia, «santificada como sacramento, según los principios de nuestra creencia» (114).

El artículo 278 define con palabras que tienen ecos romanos y canónicos para centrar la cuestión, según la costumbre del proyecto, que ordena y conceptúa con frecuencia en su articulado.

Es matrimonio el convenio entre varón y hembra celebrado según las leyes, por el que se obligan a la recíproca cohabitación perpetua y a la comunión de sus intereses (115).

El siguiente, pone orden en la materia con una solidez y visión genérica de extraordinario relieve. Es cierto que utiliza conceptualización canónica, pero con adaptación exacta a su intención.

Art. 279. Para que el matrimonio se entienda contraído legalmente se necesita: 1.^º, capacidad de las personas; 2.^º, consentimiento de las mismas, expresado con las formalidades que señala la ley; 3.^º, su celebración solemne ante el párroco y testigos.

¡Puntual sistematización! Con ella recubre y organiza cuanto se refiere al matrimonio. Expone la capacidad por razón de la edad, potencia, vínculo religioso o matrimonial, parentesco... El origen canónico de este precepto sobre capacidad es indudable y apenas puede rastrearse nada semejante en los códigos modernos. Si algunas disposiciones de los códigos ilustrados presentan analogías, creo que pueden explicarse por su común origen en Trento y la disciplina canónica (116). Análogo origen puede indicarse a los artículos sobre el consentimiento, que nuestro proyecto sistematiza.

(114) Discurso preliminar del *Proyecto 1821*, pág. 22; véase M. REVUELTA GONZÁLEZ, *Política religiosa de los liberales en el siglo XIX. Trienio constitucional*, Madrid, 1973.

(115) I, 1, 9, 1; D, 23, 2, 1; P, 4, 2, 1 y P, 4, 2, 3 y 7, o también J. DEVOTI, *Institutionum canonicarum libri IV*, 1.^a ed., post 5.^a, Roma, 1825, II, pág. 176. También abundan las definiciones en los códigos ilustrados, *Austria*, art. 44 o *Baviera*, lib. I, cap. VI, 1.

(116) Es difícil creer en la influencia de *Code* en esta construcción, que se me antoja original. Sin embargo, la exposición de TOULLIER, I, 423 ss. con dos

Art. 281. El consentimiento de los que desean contraer matrimonio ha de ser libre, ilustrado y solemne.

Art. 282. No es libre el consentimiento cuando para darle ha intervenido miedo grave o coacción moral extrínseca. No se entiende tal la persuasión, ni las promesas o amenazas relativas a intereses, ni el moderado castigo paternal.

Art. 283. El error sustancial se opone a la libertad. Es error sustancial el que recae sobre la identidad de la persona.

Art. 284. Para que pueda intentarse la nulidad del matrimonio, por miedo grave o por error sustancial debe alegarse en tiempo oportuno y probarse completamente cualquiera de estas circunstancias (117).

A continuación se establece en qué consiste el consentimiento ilustrado o que cuenta con la autorización o licencia de padres y parientes. «Para que sea ilustrado el consentimiento en el matrimonio que intentan contraer los hijos de familia y los que no han cumplido todavía veinte y cinco años de edad, la ley exige la aprobación de los padres, abuelos, parientes o tutores por el orden y en los términos que explican los artículos siguientes» (118). Estas licencias son usuales para la cohesión familiar del antiguo régimen. Las podemos apreciar en el grupo de los códigos ilustrados, como también en nuestra legislación del XVIII, que pretendía apuntalar la familia; las contiene el *Code* y sus descendientes y se recogen en este proyecto. Tendían a evitar los matrimonios poco convenientes para las clases altas o burguesas, que las consideraron apropiadas para su política y usos de enlaces matrimoniales convenientes (119).

rúbricas sobre «cualidades y condiciones» y la «celebración», unidas al «consentimiento» pudo servir de pauta. En cuanto a contenido hay que referir a P. 1, 6, 39 y 41; P. 1, 8, 2; P. 4, 2, 16 y P. 4, 6, 4, etc. También las ideas y conceptos canónicos, J. DEVOTI, *Institutionum*, II, 180-245 o D. CAVALLARIO, *Instituciones del Derecho canónico*, 3 vols. Madrid, 1838, I, 599-608; he acudido a estos manuales, los más utilizados en la España de la época, y precisamente a las ediciones que he tenido a la mano. Las conexiones con el derecho canónico y romano son problema que no puedo abordar con un mínimo de rigor, en este momento: sin duda, existen influencias, pero quede su determinación para otra coyuntura.

Sobre la edad de catorce y dieciséis, parece una transacción entre los doce y catorce del derecho canónico y los dieciséis y dieciocho de *Code*, 144; en los restantes códigos no la hallo semejante. *Dos Sicilias*, 152 conserva la canónica; las semejanzas que posee este artículo con los códigos ilustrados se puede apreciar en *Baviera*, lib. I, cap. VI, 8.

(117) Compárese con *Code*, arts. 146 y 180; TOULLIER, I, 423-445, aun cuando él se basa en el común origen canónico.

(118) *Proyecto* 1821, art. 286 es un artículo ordenador o resumen; el 285 señala quiénes pueden pedir la nulidad por miedo grave o error sustancial, en donde amplía la acción en contraste con *Code*, art. 180 y simplifica en exceso la riqueza conceptual de sus prescripciones en éste y otros artículos.

(119) Nov. 10, 2, 9 y 18; ver J. SALA, *Ilustración*, I, 25-31; J. M. A. ALVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829, 63-65. En general, *Code*,

La licencia o aprobación para contraer matrimonio se regula cuidadosamente, siguiendo de cerca al código francés. Los menores de veinticinco años deben pedir permiso a sus padres, caso de diferencias entre los progenitores, prevalece el padre. En defecto, incapacidad o ausencia de los padres, se acude a los abuelos con preferencia de varón, y si hubiere discordia por línea, se entiende autorizado el matrimonio. Por fin, los hermanos, los tíos, los tíos abuelos... (120). Por el juego de las diferentes edades establecidas se han de añadir algunos artículos complementarios: los menores de veinte años que no tienen parientes deben solicitarlo del tutor; los mayores de esta edad en la misma situación no necesitan la autorización (121). En cambio, el mero consejo, regulado muy extensamente en el código vecino o en nuestra anterior legislación, aparece muy cortado en nuestro proyecto (122).

También se recoge la posibilidad de recurrir contra la denegación de la aprobación, ante el jefe político. El *Code* no la admitió, pero sí alguno de sus descendientes más directos.

Art. 297. Las personas menores de veinte y cinco y veinte años que necesitan para contraer matrimonio la aprobación, respectivamente de los padres, abuelos, o parientes, o del tutor, si se consideran agraviados por no haberla obtenido, pueden recurrir al Jefe político de la provincia para que éste supla la aprobación con conocimiento de causa (123).

Las razones que se indican para su determinación —muestra de los valores que sostienen la familia—, son las siguientes:

La depravación de costumbres de uno de los que intentan el matrimonio; la muy notable diferencia de edad entre ellos; la muy notable desigualdad de sus fortunas, que no esté contrabalanceada con esperanzas fundadas en el empleo o prendas personales del pobre; la falta de medios actuales y que no se ven de próximo, para sostener las cargas de matrimonio u otras

arts. 148-160; *Baviera*, lib. I, cap. VI, 4, *Prusia*, 45-48. En derecho romano se pedía a toda edad, comenta MALEVILLE, I, 166 s.

(120) *Proyecto* 1821, arts. 287-292, *Code*, arts. 148-150 y el 160 que tras los abuelos refiere al consejo de familia francés. Otra solución, *Vaud*, 66.

(121) *Proyecto* 1821, art. 293 y 295, el 294 sobre alumnos de colegios de beneficencia, que concede el jefe del establecimiento.

(122) *Proyecto* 1821, art. 302, se pide a padres y abuelos por dos veces y basta; en cambio, *Code*, 151-155 complica la cuestión; hubo de retocarse y ampliarse, MALEVILLE, I, 170, el 1 de germinal del año 12.

(123) *Proyecto* 1821, sobre el procedimiento los artículos 298-300; el permiso podía darlo el rey, *Dos Sicilias*, art. 165 o el juez, en caso de negarse por tutor y parientes, en *Vaud*, 66; también el juez, en *Prusia*, 68; la pragmática de 1803 decía que serían los presidentes de Audiencias, y el decreto de 14 de abril de 1813, lo encomendó ya a los jefes políticos, *Colección*, IV, 53-54.

razones iguales, son causa racional para la desaprobación del matrimonio, si no se presentaren inconvenientes muy graves de no proceder a él (124).

Por último, se ha de advertir que el proyecto dejó para el código penal las consecuencias del incumplimiento de este requisito para el matrimonio, pero señalando su nulidad, como efecto civil, del acto celebrado con este defecto (125).

El tercer requisito fundamental, en esta perfecta sistematización del matrimonio, era su celebración solemne ante el párroco y testigos. Ahora bien, en su tarea, el redactor del código de 1821 introdujo un prematrimonio laico a imitación francesa. Recordemos que pedía un consentimiento libre, ilustrado y solemne; pues bien, era necesario manifestar el consentimiento solemne ante el alcalde, testigos y un escribano, acreditando la edad, la aprobación o, en su caso, el consejo... De todo ello se extiende acta, que firmada, se dará copia a los interesados, «con la cual podrán presentarse al párroco, a fin de que ante él se realice la celebración del matrimonio, previos los requisitos y con arreglo a las solemnidades que prescribe el ritual de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, protegida por la ley...» (126).

Los artículos siguientes asentaban esta inmisión del poder civil en los recintos, hasta ahora canónicos, del matrimonio. Con toda cautela el proyecto había llegado a una solución intermedia, atraído por el laicismo del *Code*, aunque no se atrevía a llegar a todas sus consecuencias.

Art. 307. Es nulo el matrimonio que de hecho se celebre sin haber precedido al consentimiento solemne que dispone la ley en el artículo 304 (127).

Caso, pues, de no celebrarse aquel prematrimonio ante el alcalde, el matrimonio no tenía validez. Los liberales querían alejarse un tanto de la iglesia y el derecho canónico.

(124) *Proyecto* 1821, art. 301. Aun cuando sin relación, parece que el código prusiano enumeraba también motivos graves para negar la autorización.

(125) *Proyecto* 1821, art. 303; *Código criminal* 1822 no se ocupó. Véase *Code*, 156-157 y 182-183.

(126) *Proyecto* 1821, arts. 304-306; véase *Code*, 165, y su celebración en el art. 75 y otros, muy distinta.

(127) Semejante efecto en art. 191 del *Code*. Sobre la forma del matrimonio, entre el exceso de solemnidades en Prusia y la sencillez del pueblo escocés de Gretna Green, diserta J. BENTHAM, *Principios*, II, 225-227.

Derechos y deberes de los cónyuges

En esta parte, que recoge otro título semejante del código francés, sus preceptos nos van a resultar bastante familiares, por la posterior importación francesa que ha sufrido nuestro derecho vigente. Los recíprocos derechos de cohabitación, fidelidad y socorro. El marido es el administrador de las cosas comunes y la mujer le debe obediencia. La mujer está obligada a seguir el domicilio del marido. A veces, parece haberse tenido en cuenta nuestro derecho histórico, que no se aparta demasiado del francés o de otros códigos, por la doctrina común de la Europa moderna. La mujer no puede contratar, ni aceptar o repudiar herencias ni comparecer en juicio civil o criminal como demandante, sin autorización del marido, salvo el caso de separación; pero el juez puede suplir ésta cuando sea caprichosa la denegación de acto que «sea de alguna manera útil o beneficioso a la mujer, sin perjudicar a los intereses del matrimonio», o cuando se hallare ausente. Incluso, en caso de incapacidad física o moral del marido puede pedir —al igual que vimos en ausencia— la administración de las cosas comunes (128). Hay retoques del legislador hispano, hay modificaciones de derecho tradicional español o del romano. Pero, en conjunto, es Francia la base de esta redacción de las relaciones entre los cónyuges.

A veces, la distancia se hace nítida y decisiva:

Art. 321. El marido puede autorizar a la mujer para contraer o comparecer en juicio, o generalmente en toda clase de negocios, o especialmente en negocios de cierta clase, o particularmente en asunto determinado.

La mujer autorizada para comprar y vender, o para manejar en un ramo determinado, se entiende autorizada igualmente para todos los actos accesorios y dependientes.

Art. 323. El marido puede ratificar expresa o tácitamente los actos otorgados o celebrados por la mujer. Se entiende ratificarlos tácitamente: 1.º Si consiguiente a ellos practicó por sí algún otro acto sin protestar en contrario. 2.º Si teniendo conocimiento de ellos dejó transcurrir el término de seis meses sin hacer notificar su reclamación judicial o extrajudicialmente a la otra parte interesada (129).

(128) Proyecto 1821, arts. 309-320, sobre que existen intensas influencias de *Code*, arts. 211-224 y 1.421, matizadas por nuestro derecho histórico, por ejemplo, el 313 por P. 4, 2, 7 o los siguientes con leyes de Toro 54 y 55 —Nov. 10, 1, 11—, el 318 con la ley 59 de Toro, etc. Algunos de estos preceptos genéricos pueden presentar falsas analogías, compárese los 309 y 312 con *Austria*, 90.

(129) Me inclino a ver su origen en leyes 56 y 58 de Toro, es decir, Nov. 10, 1, 12 y 10, 1, 14. Al leer las concordancias de preceptos análogos del *Código civil de la República de Chile*, Santiago de Chile, 1858, arts. 140 y 142 encuentro este origen.

Estos artículos parecen fundarse en leyes de Toro. El *Code* trataba de la mujer comerciante, que no pareció gustar a los redactores. En cambio, el artículo 322, que señala la nulidad de los actos celebrados sin autorización marital o judicial, sí trae su origen del modelo (130). Como también los siguientes sobre los recíprocos alimentos entre padres e hijos; pero se redactan más recortados. En cambio, otras veces es original: «la incorregibilidad de los hijos, la falta de respeto a sus padres, la inaplicación al estudio, ocupación o empleo a que se les destinó, autoriza a la minoración de los alimentos hasta su *minimum*». Mínimo que es el indispensable para vivir (131). La atención a su cuantía, por la necesidad o las posibilidades del alimentante, según su rango, no se encontraba tan detallada en el código francés.

Disolución, separación y segundo matrimonio

En este punto, a pesar de la constante inspiración, las reglas habían de variar, pues los anhelos liberadores del trienio liberal frente a la iglesia, no alcanzaron —en absoluto— el divorcio, que Napoleón había introducido.

Arts. 331-335 Proyecto

331. El matrimonio válido sólo se disuelve por la muerte.

332. La ley prohíbe la separación indefinida o temporal del matrimonio por mutuo consentimiento de los cónyuges expreso o tácito.

333. La muerte civil induce separación del matrimonio para todos los efectos civiles

Sin embargo, la ley permite al cónyuge inocente cohabitar con el culpado si fuere compatible con la naturaleza de la condena.

Code

227. *La mariage se dissout,*
1.^o *Par la mort de l'un des époux;* 2.^o *Par le divorce légalement prononcé;* 3.^o *Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile.*

233. *Le consentement mutuel et perséverant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi... prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.*

(130) Tal vez, *Code*, 225, si bien no permite que la mujer reclame, sino sólo el marido y herederos; véase el 1.426.

(131) *Proyecto* 1821, arts. 325-329; los más originales, que se describen y citan en el texto son 327 y 328; los otros quizás podrían explicarse por *Code*, arts. 203-205, 208-209, pero el 206 establece alimentos entre suegros y nueras o yernos. Nuestro derecho, F. R. 3, 8, 1 y 3, P. 4, 19, 2 y 5-6.

334. La ley autoriza la separación indefinida del matrimonio por justas causas, que ha declarado como tales la autoridad competente.

335. Son causas legítimas para la separación del matrimonio: 1.^º, el adulterio de uno o de otro cónyuge; 2.^º, la crueldad de trato; 3.^º, las desavenencias capitales nacidas de causa permanente. No lo son el furor o demencia ni la enfermedad aunque sea crónica o contagiosa.

Esta comparación nos permite precisar la adaptación que por su diversa perspectiva realiza el proyecto. No puede evitar seguir siendo fiel al modelo de la Europa jurídica culta, pero reduce la disolución a la muerte, dejando para la separación los demás casos (132). A continuación se entretiene el proyecto con una serie de disposiciones procedimentales, en que simplifica extraordinariamente las francesas, y termina con algunas sobre los resultados de la separación (133).

(132) Esta materia ha cambiado con el nuevo planteamiento del *Code*. Quedan lejos P. 4, 10, 2 y 4, 9, 2; incluso los planteamientos canónicos, como J. DEVOTI, *Institutionum*, 248-250 o J. L. SELVAGIO, *Antiquitatum christianarum institutiones nova methodo in quatour libros...*, 3 vols., Patavi, 1776, III, 158-159.

Sin embargo, en Europa siguen ideas contrarias a la novedad napoleónica, BURLAMAQUI, *Elementos*, págs. 345-350, o incluso las divertidas consideraciones de J. BENTHAM, *Principios*, II, 203-217 en que se manifiesta a favor de la indisolubilidad por la fragilidad de la mujer y discurre ampliamente sobre las ventajas del divorcio.

Rabiosamente partidario del divorcio, MALEVILLE, I, 235-247, en 245 s., escribe: «Quant à la séparation indéfinie qu'on voudroit substituer au divorce, elle serait plus immorale et plus destructive que le divorce même; elle choquerait le voeu de la nature et de l'intérêt social, elle condamnerait les deux époux, et surtout l'innocent, à un célibat perpétuel...».

(133) Proyecto 1821, arts. 336-342, en relación a *Code*, 239 y 243, *Code de procédure civile*, arts. 875, 877-878. Los arts. 343-347 del proyecto proponen distintas soluciones que *Code*, 295 y 273 y 302-303. Sobre reconciliación, P. 4, 9, 2 y 7, 17, 15; en general puede verse P. 4, 3, 3 y P. 4, 13, 1; P. 4, 11, 23 y 26, F. R. 3, 2, 6 y 4, 5, 5 sobre pérdida de la dote o arras.

229. Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultére de sa femme.

330. La femme pourra demander la divorce pour cause d'adultére de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans sa maison commune.

231. Les époux pourront réciprocurement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un envers l'autre.

232. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce.

En relación al segundo o ulterior matrimonio recoge el proyecto la imposibilidad de celebrarlo hasta transcurridos cuatro meses y la pérdida, por parte de la madre, de la patria potestad y usufructo y administración de los bienes de los hijos. El plazo para contraer es extraordinariamente corto —diez meses en el *Code*—, sin que sea fácil entender esta reducción sin precedente (134). Tal vez Garely pensó que eran suficientes para conocer la posible gravidez de la mujer, pero se quedó corto, pues es fácil que no basten para ello. ¿Creería que se trataba de un plazo de luto o partía de la buena fe de la mujer?

También estableció con todo lujo de detalles una de las reservas que han llegado a nuestro código civil. Creo que merece traerse aquí sus artículos.

Art. 351. Cualquiera de los cónyuges que contrae segundo o ulteriores matrimonios, quedando hijos del anterior o anteriores, si adquiere alguna cosa del cónyuge premuerto por disposición testamentaria o sucesión intestada, o por cualquier título lucrativo, sólo puede retenerla como usufructuario; y la propiedad pertenece a los hijos o descendientes del respectivo matrimonio por disposición de la ley. Estos bienes se llaman reservativos.

Art. 352. La reserva del artículo anterior tiene lugar también para con los bienes que recaen en el cónyuge sobreviviente por sucesión intestada de alguno de los hijos del matrimonio o matrimonios anteriores.

Art. 353. En el caso de los dos artículos precedentes la propiedad de los bienes reservativos pertenece a los hijos del respectivo matrimonio por partes iguales.

Art. 354. Si fallecieren los hijos del respectivo matrimonio en vida del cónyuge sobreviviente, sin dejar descendientes, el cónyuge reúne con el usufructo la propiedad de los bienes reservativos.

Art. 355. El cónyuge usufructuario de bienes reservativos no puede enajenarlos, siendo inmuebles o reputados como tales.

Los muebles, frutos y dinero que resultan de inventario y tasación respectiva se abonan del caudal del que los disfrutó.

Art. 356. Si el cónyuge usufructuario vuelve a enviduar sin

(134) *Proyecto 1821*, art. 349. Difiere de *Code*, 228, *Dos Sicilias*, 216; *Vaud*, 127, un año, *Prusia*, nueve meses... Quizá pensó como J. BENTHAM, *Principios*, II, 215, «El Código Federico permite que los casados puedan separarse voluntariamente y contraer después otro matrimonio, pero con la condición de fastidiarse solos un año entero...»; interpretado así, como el proyecto no admite el divorcio, pudo acortarse el plazo. Pero nuestro derecho establecía un año, *Nov. 10*, 2, 4, como también el canónico, J. DEVOTI, *Institutionum*, II, 638.

hijos del respectivo matrimonio que dio lugar a la reserva, reasume la propiedad de los bienes reserváticos (135).

Dos cuestiones me gustaría dilucidar: de dónde procede esta regulación y cuál fue el papel del proyecto de 1821 en su trasmisión —con importantes modificaciones— hasta el código civil español vigente, artículos 968 a 980. El paralelismo de textos me pareció evidente, desde el primer momento. Efectivamente procede de nuestro derecho histórico, textos de *Partidas* y de *Toro* fundamentan este tratamiento, pero fue el *Febrero* quien le dio la estructuración con que aparece en el proyecto. El paso hacia el código civil actual se debe al proyecto de 1851, quien copia —creo que alguna vez más— de nuestro texto de 1821, sin mencionarlo; en ello, hay quizás deseo de originalidad de García Goyena, o tal vez que se propuso por algún otro y no sabía él la fuente. Creamos en su buena fe (136). Algun día habré de tratar de las influencias de nuestro proyecto en el texto de 1851 y, a través de él, en el código civil vigente.

Padres e hijos

En este segundo título del libro segundo, la influencia francesa decrece en intensidad. Las realidades de la legislación y la familia hispanas gravitan con peso sobre los textos del proyecto de 1821. Su sistemática interna y muchos de sus preceptos se apartan. El *Code des français* había conectado la patria potestad con las tutelas y en ello le acompañaban los códigos que de él descendían. Al no conceder la patria potestad a la madre —como el derecho romano—, unían en la tutela la protección de los padres sobre los hijos. Es mérito de nuestro proyecto separarse en este punto y conceder a la madre la patria potestad.

Empieza por ocuparse de la diferente calidad de los hijos. Algo de esto aparece en el código de la Luisiana, si bien los conceptos y clases pertenecen a las leyes de *Toro* y *Partidas*, con adaptaciones. Los hijos son legítimos o ilegítimos; son legítimos los que nacen de legítimo matrimonio dentro de los 210 días de su celebración hasta los 300 después de la disolución o separación. No se admite prueba en

(135) Para la redacción de estos artículos, se tuvo en cuenta la obra de J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Febrero reformado y anotado, Librería de escribanos, abogados y jueces*, 4.^a ed. 5 vols., Madrid, 1818, I, págs. 235-238.

(136) Como antecedentes se citan las leyes 14 y 15 de *Toro*, *Fuero real*, 3, 2, 1 y 3, 6, 6; *Partidas*, 4, 12, 3 y 5; 13, 26 y 33. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, I, arts. 800-814 y apéndice 1, págs. 381-383 se desespera en buscarle antecedentes, sin que logre hallar sino algunos de menor entidad. ¿Por qué no hace referencia al proyecto? ¿Por qué no se refiere a éste y a los numerosos proyectos que existían y que debió manejar? Del proyecto de 1851 pasa al de 1882, arts. 979-989, y al código civil.

contrario ni aun por confesión o convicción de adulterio, salvo la ausencia del padre o impedimento absoluto de cohabitar con su mujer. Derecho francés, semejante al derecho actual, que más tarde lo adoptó, con cierta conservación de los plazos obstétricos clásicos (137). Después los hijos ilegítimos, con una correcta definición de los naturales, que podía provenir de la Ley 11 de Toro.

Los hijos ilegítimos son: 1.^º, naturales, si fueron habidos de personas no impedidas de contraer matrimonio entre sí por razón de su estado ni por parentesco al tiempo de la concepción del hijo. 2.^º, espurios, si nacieron de mujer soltera o viuda, y no consta el padre; 3.^º, incestuosos, si fueron habidos de personas incapacitadas de contraer matrimonio entre sí por parentesco o cuasi-parentesco al tiempo de la concepción; 4.^º, bastardos, si fueron habidos de personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, a lo menos una, con profesión religiosa o con orden sacro; 5.^º, adulterinos, si fueron habidos de personas ligadas, a lo menos una, con el vínculo del matrimonio al tiempo de la concepción (138).

Hay muchos elementos de nuestro antiguo derecho de *Partida* y otros textos, pero también hay modificaciones conceptuales. El reconocimiento de los hijos naturales se concede generoso, por instrumento público o por presunción legal, tal como haber cuidado de su educación o establecimiento, haberle tratado como hijo de palabra o de obra y otros semejantes; la ley prescinde —añade el proyecto— si la madre habitó o no bajo un mismo techo con el padre, vieja cuestión de *Partidas*. La prohibición de investigación de la paternidad, característica de la regulación napoleónica, no se importa, de momento, a nuestra legislación. Se parece a las soluciones de Luisiana en favor de blancos y negros libres frente al padre negro, aunque cambia su redacción (139).

(137) *Proyecto* 1821, arts. 357 y 359, qe he unido para definir a legítimos, pues el primero dice: «...nacen de legítimo matrimonio a su debido tiempo», y el otro explica cuál sea éste. El *Code*, arts. 312-315 lo determina respecto de las posibilidades del padre para negar la paternidad. Véase Austria, art. 138, así como P. 4, 13, 1 y P. 4, 23, 4.

(138) *Proyecto* 1821, art. 358; los naturales definición de la ley 11 de Toro; en general, con modificaciones se recogen antiguas leyes, véase P. 4, 15, 1-2. Sobre las causas para destruir la presunción, más amplio que el francés, menos que el romano: *Si constet maritum cum uxore non concubuisse... alia ex causa*, cualquiera pues: aparte la impotencia, ausencia e impotencia pasajera. Véase TOULLIER, II, 117-151; MALEVILLE, I, 307-329.

(139) *Proyecto* 1821, arts. 361 y 362, véase *Code*, 334-339, *Vaud*, 182-198, *Luisiana*, 226-228. El derecho antiguo, véase P. 4, 15, 6 y 7. Los códigos ilustrados admiten con mayor amplitud, Baviera, Austria, Prusia...

Sobre la cuestión de «si la madre habitó o no bajo un mismo techo con el padre», puede cotejarse con P. 4, 14, 2 que se refería a este caso, si estaba sola la mujer y era honesta.

La legitimación de los hijos ilegítimos —no sólo de naturales como en Francia— es posible por subsiguiente matrimonio según la ley o por concesión real. Los primeros adquieren todos los derechos de los legítimos, salvo la prelación de nacimiento; sólo los adulterinos quedan excluidos de esta legitimación, mientras el *Code* también se refería a los incestuosos. ¿Por qué no los menciona? ¿Tal vez los autores del proyecto pensaron que si contraían matrimonio era porque habían logrado la correspondiente dispensa? En todo caso, se podía interpretar así que no excluya a los bastardos o sacrilegos. La concesión real se hace sólo para naturales y con expediente en que los padres lo hayan reconocido, y su situación es peor, ya que no tienen derecho de herencia respecto de sus padres si existen hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio (140).

La patria potestad pertenece al padre y en su defecto a la madre. El proyecto lo concede con todos los honores.

Art. 370. Los derechos principales que da la calidad de padre respecto de los hijos legítimos se llaman potestad patria.

Bajo el nombre de padre se comprenden el padre y la madre.

Durante el matrimonio sólo el padre ejerce los derechos de la potestad patria. La madre los ejerce en defecto del padre, por su muerte, ausencia o incapacidad (141).

A continuación un artículo trabajosamente redactado, en donde se especifican todos los derechos de la patria potestad. ¿De dónde surge esta enumeración? Porque no se halla en los códigos extranjeros, y sólo algunas se citaban en el derecho patrio. Quizá el profesor que es Garry —o todos— van reuniendo de diversos artículos y lugares; desde luego algunas tienen su origen en el *Code*.

Art. 371. Son derechos de la potestad patria: 1.^º, el de cuidar y dirigir la educación de los hijos, proporcionándosela dónde y cómo mejor pareciere a los padres; 2.^º, el de tenerles en su

(140) *Proyecto* 1821, arts. 364-367, respeta bastante *Code*, 331-333, si bien éste se refiere a incestuosos como excepción. La legitimación por concesión real en los artículos 368-369 del *Proyecto* 1821, el último presente analogía con *Dos Sicilias*, art. 256. Termina con la oblación a la curia, de que J. MAYMÓ Y RIBES, *Romani, et Hispani Juris Institutiones*, 4 vols. Madrid, 1777, I, pág. 123, ya decía «*hodie ignota est legitimatio ista*»; J. SALA, *Ilustración*, I, 60, al comentar P. 4, 15, 5, dice que «*reconocen nuestros intérpretes no estar éste en uso, ni le permite la constitución del Gobierno de los pueblos*». Nuestro derecho antiguo, en sus líneas esenciales, en F. R. 3, 6, 2 y 3, 6, 17; P. 4, 15, 47 y 9; P. 4, 13, 1; P. 6, 13, 10.

(141) La ley 47 de Toro suprimía la patria potestad de los abuelos, con lo que en defecto de padre, pasaba la madre a primer lugar; el poder de la madre, reconocido en F. J. 4, 3, 3, no era demasiado por P. 4, 17, 1-2. Véase S. DEL Viso, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, 3 vols. Valencia, 1852-60, II, 323.

casa a dicho fin, sin que puedan separarse por su voluntad; 3.^º, el de exigir obediencia puntual y subordinación de los hijos en cuanto no fuere contraria a las buenas costumbres; 4.^º, el de corregirles de palabra, y aun de obra, moderadamente; 5.^º, el de interesar y obtener el auxilio de la Autoridad pública para los hechos que exijan mayor severidad; 6.^º, el de autorizar y aprobar el matrimonio de los hijos en la manera que dispone la ley en el capítulo 1.^º, título 1.^º de este libro; 7.^º, el de administrar y usufructuar los bienes pertenecientes a los hijos (142).

Luego dedica algunos artículos a los bienes de los hijos, en donde han desaparecido los antiguos peculiares, unificándolos en una administración y usufructo del padre; solución sencilla, quizá poco justa para los menores de veinticinco años que todavía se hallen bajo la potestad paterna, pues serán de su usufructo los «precios de jornales o de cualquier otra industria que el hijo ejercitare; los sueldos o gratificaciones por el empleo que tuviere de cualquier clase; las pensiones, réditos de censos o vitalicios...» (143). Trae también las normas de intervención de la autoridad respecto de los hijos y las correcciones que pueden imponerles. Y, a continuación, otro artículo, el 376, sigue enumerando los derechos de los padres, como si se hubiera roto la anterior y se completase ahora. Pero distingue éstos, porque se deben a la paternidad, no a la patria potestad.

Art. 376. Asimismo son derechos de los padres: 1.^º, el de exigir respeto y reverencia esmeradísima de los hijos de palabra y obra. 2.^º, el de no ser reconvenidos civilmente en juicio por los hijos sin que preceda la venia por la Autoridad pública, la cual venia se obtiene por cláusula especial del Alcalde ante quien se hace la conciliación, después de intentada ésta sin fruto; 3.^º, el de no ser reconvenidos nunca criminalmente por los hijos; 4.^º, el de reclamar alimentos de los hijos en los casos y términos que expresan los artículo 326, 327 y 329 de este Código.

(142) Pueden rastrearse muchos de sus elementos en *Code*, arts. 371-377, 384; que se recoge en *Dos Sicilias*, 220, *Luisiana*, 236, 238, 239, *Cerdeña*, 212 ss., etc. Es demasiado general, J. BENTHAM, *Principios*, II, 190-192, que remite a tutela 183-189, y *Tratados*, III, 182-188. Sobre juicio, P. 4, 17, 11.

Los artículos 372 y 373 sobre corrección de los hijos, *Proyecto 1821* se hallan inspirados en *Code*, 372-373 y 380. Véase P. 4, 18, 18 y P. 7, 8, 9.

(143) *Proyecto 1821*, art. 375, en general 374-375. Esta máxima simplificación no corresponde al romano ni al nuestro de *Partidas* 4, 17, 5 a 7; P. 5, 13, 24; P. 6, 15, 3-5; ni a F. R. 3, 4, 7 o leyes 47 y 48 de Toro. El *Code*, arts. 384-387 mayor distinción de situaciones, no concede el goce o usufructo de los adquiridos por industria del hijo o legados con esta condición; y estas fórmulas siguen en *Dos Sicilias*, 291-310; *Cerdeña*, 223-232, y aun en nuestro código civil vigente.

Los derechos hereditarios de los padres respecto de los hijos se determinan en el libro tercero de este Código (144).

Estos derechos son de por vida, no sólo respecto de hijos menores. Estas enumeraciones parecen agradarle a Garely: el artículo 377 es como el reverso de los anteriores, señalando las obligaciones a que están sujetos los padres.

Al final de este apartado se refiere nuestro proyecto a los modos de acabar la patria potestad, como aquella rúbrica clásica de la *Instituta*. Los códigos europeos no la aceptaron. Distingue entre modos de acabarse —muerte de los padres, matrimonio, emancipación y mayoría de edad de los hijos—; y de disolverse, por segundas nupcias de la madre o por muerte civil, señalada por el código penal. El resto del capítulo se refiere a la emancipación de los mayores de veinte años, por el padre, o en su caso por la madre, prestando éstos su consentimiento y otorgada por instrumento público. Requisito para ello es que sea el hijo varón. También el rey puede con justa causa conceder la emancipación, aun contra la voluntad de los padres. Es justa causa, «la conducta arreglada del hijo, teniendo al mismo tiempo conocida habilidad para dirigir una labranza u otro establecimiento industrial, o si fuese sobresaliente en alguna profesión u oficio para subsistir sin el auxilio de los padres...» (145).

«El hijo que saliere de la potestad patria tiene derecho a que se le entreguen los bienes propios que los padres usufructuaban; y queda habilitado para administrarlos y disponer de ellos libremente», exclama el proyecto con optimismo en su artículo 384. Está pensando en la emancipación o en otras formas de salir de la autoridad paterna, pero a algunas no le es aplicable, pues puede ser menor y morir los padres o la madre pasar a segundas nupcias, en cuyo caso pasaría a tutela o curatela. Pero estos deslices técnicos apenas importan para la valoración positiva de la obra de los liberales de la legislatura del trienio.

(144) *Proyecto* 1821, 376, se entiende mejor con el 385: «acabada o disuelta la patria potestad no se acaban ni disuelven los derechos expresados en el artículo 376 de este Código». Reconozcamos el esfuerzo doctrinal de GARELLY, espigando, reuniendo y ordenando materiales; al menos, de momento, parece suya. TOULLIER, le pudo servir de sugerencia, II, 286-302.

(145) Me refiero a I, 1, 12, *Quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, que corresponde a P. 4, 18, 1 ss., y se encuentra en nuestros tratadistas, J. SALA, *Ilustración*, II, 22-24; I. ASO Y M. DE MANUEL, *Instituciones*, 74 s.

Sobre la emancipación, *Proyecto* 1821, arts. 381-384, cita del último; *Code* 476-477 y 388, acerca de la discusión, MALEVILLE, I, 481-482, para señalar la edad para emancipar, instrumentos públicos; P. 4, 18, 15-17, establecía requisitos de consentimiento y declaración del juez ordinario, incluso *Nov.* 10, 5, 4 se requiere participación del consejo de Castilla; el proyecto simplifica con instrumento público. En *Vaud*, 284-285 también se hace judicialmente. Véase P. 4, 18, 18, como antecedentes posibles de *Proyecto* 1821, arts. 382-383.

De la tutela y curatela

Como en patria potestad, por tratarse de derecho de familia, se ciñe el proyecto al derecho tradicional, con sólo algunos matices del derecho europeo. No acepta del *Code* considerar el cuidado y administración del padre y la madre como tutelas; ni tampoco su unificación de las dos figuras clásicas de la tutela y la curaduría. En cambio, el situar la edad de los veinte años para salir de la tutela, restringe indudablemente el antiguo período que los menores estaban sujetos a curador; y el proyecto opta por suprimirlo para menores. Por fin, las complejidades del tutor subrogado y del consejo de familia galos no gustan a nuestros compatriotas (146).

El artículo 386 define la tutela como «el encargo de cuidar y proteger las personas y los bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y de madre». Y aclara que se entienden también por huérfanos, cuando la madre ha pasado a segundo matrimonio (147). Después, con toda naturalidad, une la tutela legítima con la dativa, diciendo que la tutela se defiere a persona o personas determinadas o por voluntad de los padres o por disposición de la ley» (148). La tutela testamentaria, la clásica romana, había quedado reducida en nuestro derecho, limitada al padre con exclusión de la posibilidad de nombrarla el abuelo. Por lo demás, la equiparación en patria potestad de la madre, facilitaba que ésta también pudiese nombrar en testamento, cuando fuera viuda y no hubiese nombrado el padre (149). La tutela por ley, unía la legítima y la dativa.

Se llamaba por ley a los abuelos paternos y maternos, varones y hembras o al que ellos existiere. A falta de ellos, a los parientes más cercanos por ambas líneas, mayores de veinticinco años, por el orden legal de sucesión. A falta de alguno de estos parientes, se nombra por el alcalde, regidor más antiguo y procurador síndico. Esta llamada tan amplia recuerda *Partidas*, pues los códigos modernos tendían a limitarla. El proyecto nuestro sigue líneas antiguas, pero se pronuncia por la unicidad de tutor —con alguna salvedad— que parecía criterio más certero.

(146) He procurado resumir la regulación de esta parte, ya que su estudio lo hice hace unos años, M. PESET REIG, «Antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el código civil español», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVII, (1971), 297-354, donde puede verse con mayor detalle.

(147) Definición que sigue a P. 6, 16, 1. Es curioso el juego técnico para respatar la definición, dando por tal al hijo de madre de nuevo casada.

(148) Art. 387 del *Proyecto* 1821, P. 6, 16, 2 y 3.

(149) Ver el antiguo supuesto en P. 6, 16, 6 —y la ley 8 para extraño—. S. DEL VISO, *Lecciones...*, II, 324. El *Code*, permitía hacerla fuera de testamento en el art. 392; pero *Proyecto* 1821, art. 389 es terminante, conforme al derecho romano, que exige testamento o codicilo.

La ley no reconoce más que un tutor —preceptúa el artículo 419—... Si hubiera muchos nombrados por los padres, o si fueren muchos los parientes llamados a la tutela o curaduría, deben convenirse entre sí para designar la persona que haya de ejercer el encargo; y si no se convienen se hace esta designación por el Alcalde... (150).

No obstante, en recuerdo de la tradición anterior, se admite, que si los bienes son cuantiosos podría nombrarse por los padres o por la autoridad pública tutor para distrito cierto (151). La intervención de los alcaldes y ayuntamientos en todos los actos de nombramiento, aceptación, juramento, fianza y discernimiento de la tutela, es peculiaridad. *Partidas* apuntaba hacia los jueces y el código francés también, juntamente con el consejo de familia. ¿Por qué razón? Hay una confianza en los órganos administrativos, por su mayor cercanía a las personas y no tratarse de cuestiones litigiosas. Sin duda la organización de los municipios constitucionales y la ampliación de sus funciones era una tendencia liberal, que el proyecto acepta en numerosos lugares (152).

Por su lado la «curaduría es el encargo de proteger y cuidar los bienes y aun las personas en su caso, de los mayores de veinte años huérfanos, y de los mayores de veinticinco libres de la potestad patria paterna, cuando unos y otros se hallan incapacitados de administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral» (153). El artículo citado requiere doble lectura para hacerse cargo de su significado, es redundante; pudo haberse referido a los mayores de veinte años no sujetos a patria potestad que se hallan incapacitados... La tutela termina a esta edad, la patria potestad a los veinticinco, luego, fuera por orfandad o por haber alcanzado esta edad última, se requería un complemento, una guarda para los locos, los mentecatos y los disipados o pródigos, declarados como tales por el juez. Cualquiera puede pedir que se nombre curador para el incapacitado, y ésta recae —con gran analogía con tutela— en la mujer, hijos, abuelos y parientes, o, en último término, se

(150) *Proyecto* 1821, art. 419, arts. 390-393. Véase P. 6, 16, 9 y 12; la unidad de tutor, *Code*, arts. 402-419 al que siguen sus descendientes; también *Austria*, 189, 196-197. Véase TOULLIER, II, 331-334.

(151) *Proyecto* 1821, art. 420; el caso de varios jueces que pueden dar tutores, que se reducen a uno, ya estaba solucionado en época anterior por la doctrina en la interpretación de P. 6, 16, 12, como puede verse en J. SALA, *Ilustración*, I, 71 s.

(152) Véase *Proyecto* 1821, arts. 393, 421-422, 407-413, 417-419; recurso al jefe político 409 y 412. La solución del *Code*, arts. 405-426 es sobre el consejo de familia; sobre su origen MALEVILLE, I, 401-406. Sobre la importancia de los órganos locales, en *Constitución* 1812, arts. 275, 282-285, 309-323; la organización desde el decreto de 23 de mayo de 1812, *Colección de decretos*, II, 221-224; o el de 7 de octubre de 1812, III, 99 en que se confiere jurisdicción civil y criminal; no parece haber encargo concreto en el decreto de 23 de junio de 1813, IV, 105-126.

(153) *Proyecto* 1821, art. 394.

nombría por alcalde y ayuntamiento (154). Al extender el período de la tutela hasta los veinte años, esta distribución resulta lógica. Antes cesaba el tutor cuando el pupilo cumplía los catorce y comenzaba la curatela de menores, y los mayores de veinte —y aun de dieciocho— podían pedir la propia administración. Alargado el tiempo de la tutela, no tenía sentido la curatela de menores y se dejó esta institución para incapacitados (155).

De otro lado, se continúa la regulación conjunta de ambas guardas, como ya estaba en *Partidas* y también —menos decidido— en los códigos modernos. Su nombramiento recae en la mujer e hijos mayores con preferencia y después serán nombrados curadores los padres, abuelos y parientes por las reglas establecidas para tutores. Incluso los padres pueden nombrar curador en su testamento, si no tuviesen mujer o hijos mayores los incapacitados (156).

Las causas que exoneran o excluyen de la guarda de menores o incapacitados, reflejan nuestro derecho anterior, si bien remozando y poniendo al día las viejas disposiciones de *Partidas*. Cuando *Partidas* dice que no pueden serlo los que están al servicio del rey, el proyecto moderniza referido a los secretarios de despacho, a los jefes políticos, jueces de primera instancia, militares... El *Code* había dado ejemplo en este sentido y retocado algunas causas. Unos artículos acerca del procedimiento para solicitar ante los alcaldes la exclusión o exoneración completan el capítulo (157).

En la regulación de la actividad del guardador el proyecto examina las distintas fases: primero, la admisión en la tutela y curaduría; después, el ejercicio de estas funciones y, por último, la extinción y cese en ellas. El nombrado tutor o curador debe aceptar con palabras expresas el cargo y jurar su buen y fiel desempeño, así como dar fiadores para sus resultas, salvo que fuere el cónyuge o pariente en línea recta del menor o incapaz, o hubieren sido nombrados por los padres. El alcalde, a continuación les discierne el cargo y entran en el cuidado de la persona y bienes del protegido, realizado previamente el inventario de sus bienes. Posee los mismos poderes que los padres y sus mis-

(154) *Proyecto* 1821, arts. 395-397 y 400; el *Code*, los trata aparte como interdicción, arts. 489-512 para incapaces, y arts. 513-515, como consejo judicial para los pródigos. *Cerdeña*, 369 los une; otros conservan la unión de la curatela para menores, ausentes..., *Austria*, 269-270, *Vaud*, 288.

(155) Véase P. 6, 16, 13, así como algunos requisitos en Nov. 10, 5, 7; 10, 5, 34 y 4, 4, 6. En la glosa de GREGORIO LÓPEZ al primer texto, se habla de la curatela para pródigos, sordos, mudos y con enfermedad perpetua; con esta ampliación puede verse, junto sobre menores, *Luisiana*, art. 409, y el citado de *Austria*, 269-270.

(156) *Proyecto* 1821, arts. 398-401. Compárese con P. 6, 16, 13 y *Code*, 505-506, con preferencia del cónyuge, no sólo de la mujer, el 509 establece la referencia a disposiciones sobre la tutela.

(157) *Proyecto* 1821, arts. 403-404, procedimiento 406-412; mientras la desempeña un tutor interino, 413. P. 6, 16, 14 y 4; P. 6, 17, 2 y 3; sobre procedimiento, P. 6, 17, 1 y 4. *Code*, 427-449; *Luisiana*, 312-321.

mas obligaciones (158). Los tutores y curadores poseen facultades de administración sin poder disponer de inmuebles ni los muebles que pueden conservarse sin menoscabo, salvo casos especiales, con intervención del juez de primera instancia y en pública subasta. En esta zona la dependencia con el código francés se hace más transparente. El artículo 431 del proyecto, por ejemplo, resume una serie de disposiciones francesas, sigue sus pautas.

Se entiende por enajenación prohibida al tutor o curador todo acto de venta, permuta, donación, cesión, imposición de servidumbre o hipoteca; la tolerancia de la prescripción, la transacción, el desistimiento de un pleito, la renuncia de una herencia y, en general, todo desprendimiento absoluto y todo gravamen afecto a las cosas (159).

Como en aquel código, incluso con mayor amplitud, venida de *Partidas*, continúa la restitución por lesión respecto de menores.

La protección de menores, pródigos y alienados cesa —según el proyecto— por cumplir veinte años o contraer matrimonio, y, en las dos últimas categorías, por haber cesado el impedimento o incapacidad. Por parte de los tutores y curadores, por razón de muerte natural o civil, por la exclusión o exoneración previas y por revocación, caso de haberse hecho sospechoso durante el desempeño de la guarda. De nuevo aquí, muy nítida, una línea de influencia de *Partidas*. Y termina con extensa relación de las cuentas de la tutela y curatela, con mayor desarrollo que el código francés; se especifica cómo han de hacerse, qué partidas han de estar documentadas, la responsabilidad y posible resarcimiento del tutor, la intervención del procurador síndico en ellas, etc.; también fija la remuneración del tutor o curador entre el 4 y el 10 por 100 del producto anual de los bienes (160). En suma, nos queda la convicción que Garely y los redactores no pretendieron separarse excesivamente del derecho propio en punto a tutelas. Traen cosas del código francés, detalles y mejoras, pero no su esquema fundamental. Hay una cuña de influencia francesa, pero manteniendo el espíritu y estructura de las viejas *Partidas*, como en tantos otros lugares del proyecto.

(158) *Proyecto* 1821, arts. 414-418, 421-423; inventario en P. 6, 16, 15 y 6, 18, 1, *Code*, 451, el 450 responde al 423 del proyecto.

(159) *Proyecto* 1821, arts. 424-437, cita del 431, que se relaciona con *Code*, 457 y 463-467; para los otros artículos pueden verse los arts. 450, 457, 1.^o y 2.^o, 459, 468, etc.

(160) *Proyecto* 1821, arts. 435-454, en donde la influencia del derecho tradicional se mantiene, P. 6, 16, 21; 6, 17, 4; 6, 18, 2 y 3. Pero el *Code* está también presente, por ejemplo en el art. 444, además de P. 6, 16, 21 debe considerarse *Code* 469 y 471. Repito que por razón de mi artículo «Los antecedentes de la unión...» —citado en nota 146— he prescindido de un estudio más detenido de las tutelas.

Un final sorprendente

La última parte del libro segundo nos sorprende ciertamente. Nadie esperaría encontrar un planteamiento de las relaciones sociales, entre superiores y dependientes, entre ricos y menesterosos, en este lugar, sino más bien —como en el *Code*— en materia de contratos. ¿Por qué se hizo este traslado?

La influencia de Bentham es fundamental para la sistemática, ello es evidente. El *Code* —y sus sucesores también— se había limitado a colocar algunos artículos sobre el arrendamiento de servicios de domésticos y obreros. Con el espíritu del liberalismo burgués, dejaba estas relaciones al libre juego del mercado.

Art. 1.780. On ne peut engager ses services qu'à temps ou par une entreprise déterminée.

Art. 1.781. Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages; —Pour le paiement du salaire de l'année échue; —Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante (161).

En definitiva, que con un par de artículos en que prohibía las esclavitudes o situaciones serviles y afirmaba el mayor poder probatorio de los amos, dejaba el asunto resuelto. Era el espíritu liberal. Pero la influencia de Bentham iba a trastocar la normativa de las relaciones domésticas y laborales del proyecto. El inglés comulga con la ventaja de dejar libremente estas relaciones, huye de las complicadas regulaciones. Ataca fuertemente la esclavitud y no admite que el jornalero libre se encuentre en situación semejante, aunque trabaja por recompensa; destaca que cuanto gana es suyo y tiene cierta seguridad real. Su comentador Salas resume así su pensamiento:

Los derechos y deberes anexos al estado de amo y criado dependen absolutamente de las convenciones de los interesados que deben observarlas, y esto es todo lo que puede decirse de este estado, si se prescinde de la esclavitud; pero Bentham habla también en este capítulo de los aprendices, que en parte son criados y en parte pupilos de sus maestros: criados por los servicios que hacen a sus maestros y pupilos por el cuidado que los maestros deben tener de la conducta y de la educación de sus aprendices.

Con este motivo hace Bentham una crítica muy justa de los reglamentos de aprendizajes y maestrías que dan a un cierto núme-

(161) Los demás códigos también optaron por la limitación de este punto, por la libertad o el vacío jurídico en las relaciones entre patronos y obreros. Los franceses discutieron si cabía aportar testigos: «On répondit que l'offre de preuve ne devait pas être reçue», MALEVILLE, III, 473.

ro de hombres, individuos de una corporación, el derecho exclusivo de trabajar en cierto oficio. Smith ya demostró, antes que su compatriota Bentham, que semejantes reglamentos no pueden dejar de estorbar los progresos de la industria hacia la perfección, porque quitan el estímulo del interés individual (162).

Los redactores de nuestro proyecto fluctúan entre el nuevo liberalismo aceptado en el *Code*, que dejaba el libre juego de fuerzas sociales desequilibradas, y el deseo de prever y regular mínimamente las relaciones. Atendía a Smith y a Bentham, pero quería proteger a los aprendices y a los trabajadores, sin ceñirse tan sólo a la libre convención. Quizá la antigua regulación gremial desaparecida le disgusta, pero no dejan de ver los riesgos ciertos de una nueva época. La igualdad no es fácil de implantar, salvo en los textos de las leyes.

La Comisión, contraída al presente título, no apartó de su vista las bases constitucionales de igualdad ante la ley y de una libertad justa; pero no se ha entregado a teorías seductoras, que destruirían en su raíz la enviable paz doméstica y que desacreditaría bien pronto la experiencia si llegasen a ensayarse. El pobre bracero, el sirviente doméstico, que reciben su sustento de otro, aunque sea en cambio de su trabajo, de hecho están desnivelados y en una posición inferior a la de aquel que los emplea. La Constitución ha conocido y consagrado esta verdad amarga, si se quiere, pero que no es por eso menos cierta, ni menos inevitable, pues que está en la naturaleza misma de las cosas. Todo cuanto puede hacer la ley es neutralizar y templar el funesto influjo del rico sobre el menesteroso, del superior sobre su dependiente. Los artículos de este título se dirigen a establecer este equilibrio (163).

No puede negarse a Garely clarividencia, ni tampoco buena intención en sus palabras. Intenta poner orden —un orden desde los superiores o amos— en unas relaciones domésticas y agrícolas. Las relaciones de producción industrial no aparecen todavía; por aquél entonces se habían registrado los primeros movimientos obreros en Alcoy, pero la quieta superficie de las relaciones jurídicas no sufre cambios. Junto a domésticos y jornaleros, algunos artículos dirigidos a regular la situación de los aprendices. El artículo 455 define como superior «a quien se presta bajo su mando un servicio diario por otra persona, y al que dirige la educación o da alguna enseñanza moral, científica, artística o industrial a los jóvenes o adultos». A pesar de sus imprecisiones, es claro que no está pensando en los establecimientos de enseñanza, que se rigen por el recién aprobado reglamento general de 1821, sino más bien a

(162) J. BENTHAM, *Tratados*, III, 141 s.

(163) Discurso preliminar del *Proyecto* 1821, pág. 24.

la enseñanza laboral. Reconoce como válidos los convenios de los padres y tutores para la educación o aprendizaje de sus hijos o menores. Por él se rigen estas relaciones, sujetándose el pupilo o aprendiz a la dirección y corrección paternal del superior. El convenio se disuelve por incorregibilidad del pupilo, comunicada al padre o tutor por tres veces, o bien por la dureza y crueza del superior, su indolencia o distracción grave... El superior aparece obligado a pagar al aprendiz, lo que nos descubre que nos hallamos ante un contrato de aprendizaje (164). Pero vayamos al otro tipo, al contrato laboral que pugna por alcanzar su tipología en estos años primeros de la codificación española.

Nuestro proyecto es extenso, doctrinal, quiere —según vimos— atenuar un tanto la desigualdad existente. Reconoce por válidos los convenios entre partes por los que «se obliga uno a prestar a otro un servicio personal honesto, o gratuitamente, o en virtud de recompensa determinada que tiene un valor» (165). Son temporales, pues todo convenio perpetuo es reprobado por la ley. Convenio libre, que «en cuanto constituye tácita sociedad de trabajo por una parte y por otra de su remuneración, se disuelve por la separación de una de las partes». Si se cierra por tiempo determinado, quien se separa debe indemnizar a la otra parte, a no ser que hubiera alguna falta en cosa sustancial, en cuyo caso la otra parte tiene derecho a retirarse, acrediitando la violación del convenio. Igualdad buscada, libertad bien entendida que favorecía a las partes más fuertes. Pero estos eran los principios liberales que la burguesía maneja en su acceso al poder. Ciertas referencias a la humanidad del superior, cierto acercamiento a líneas de paternidad y filiación, pretenden limar las realidades. Ciertas limitaciones en el despido: los convenios sin tiempo determinado se disuelven libremente por cualquiera de las partes; ahora bien, si es a jornal debe notificarse el día anterior, si el superior despide dentro del día le pagará la jornada por entero —y si se despide el dependiente de esta manera también pierde su jornal—. Los contratos a cierto tiempo, obligan a indemnizar a quien los quebrante (166).

Obligaciones y derechos. Determinación de la prestación y el pago «El superior tiene derecho a la dirección del trabajo y a la corrección verbal»; «El superior debe humanidad y buen trato al dependiente. El dependiente debe respeto y subordinación al superior. En los casos dudosos se decide en favor del respeto y la subordinación». ¡Curiosa regla, acorde con la época! «El trabajo de los dependientes —sigue el proyecto— tiene la extensión que se expresare en el convenio. En su

(164) *Proyecto* 1821, arts. 455, 470-476, el último refiere a las leyes de instrucción de colegios y establecimientos públicos; la idea de estructurar el contrato de aprendizaje procede de BENTHAM, *Tratados*, III, 138 s. y *Principios*, II, 167.

(165) *Proyecto* 1821, art. 456, que puede inspirarse en *Code*, art. 1.710 bien que en éste no cabe la gratuitud. La prohibición de perpetuidad si procede de *Code*, 1780.

(166) *Proyecto* 1821, arts. 457-461, el citado literal del 458.

defecto la ley señala la de sol a sol para los braceros a jornal, con inclusión del tiempo necesario para ir y volver, y para los sirvientes domésticos la que determinen hombres buenos...» (167). Pero especialmente el proyecto se refiere al pago del jornal. «El superior tiene la obligación de pagar lo estipulado a los plazos y en la forma del convenio. En defecto de esta ley señala el fin del día para los braceros a jornal y el del mes para los sirvientes domésticos con salario». Pero si en los convenios no se hubiese fijado el jornal o salario, lo determinarán dos hombres buenos del lugar, nombrados por las partes y un tercero en discordia por el alcalde. La dilación produce acción ejecutiva y, el pago no satisfecho, causa réditos legales (168).

En suma, un deseo de regular las relaciones laborales en un tiempo en que sucumben los gremios y se deja al libre juego de las partes la determinación de los contatos de trabajo. Una época nueva, en donde los redactores del proyecto, con mucha doctrina y buenas intenciones, intentan remediar un tanto la situación de las clases agrícolas y de los servidores. El intento es interesante, aun cuando no se trasmite a la legislación posterior del XIX.

El libro tercero que no se redactó

Antes de poner el punto final a estas páginas, haré algunas precisiones sobre lo que debía haber sido la parte de propiedad y derechos reales, obligaciones y contratos, aspectos económicos de la familia y sucesiones. Apenas quedó un índice, unas páginas del discurso preliminar... Y significaba buena parte de la materia civil, aunque con engañoso sistema parece que el truncado proyecto había redactado dos, de los tres libros. La sistemática propuesta era esta:

Libro III

De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas.

Tít. I. De las cosas.

Tít. II. De los títulos legales para la adquisición primitiva de la propiedad sobre las cosas.

Tít. III. De la protección de la propiedad.

Tít. IV. De los gravámenes de la propiedad.

Tít. V. Del traspaso de la propiedad total o parcial sobre las cosas; o sea de los contratos en general.

(167) *Proyecto* 1821, arts. 462, 467 y 468, el primero remite la corrección de menores a los derechos del padre de acudir a la autoridad, etc.

(168) *Proyecto* 1821, arts. 463-467, cita del 463.

Tít. VI. De los contratos en particular.

Tít. VII. De las transacciones.

Tít. VIII. De los títulos legales para el traspaso de la propiedad después de los días del propietario.

Tít. IX. De la prescripción (169).

Nada menos había de contener los libros segundo y tercero del *Code*; incluso parece que en los últimos títulos se ha simplificado en demasía. ¿O acaso el régimen de la propiedad les producía mayor interés y cavilaciones, que su posterior trasmisión *mortis causa*?

La propiedad dejaría de serlo, si la ley no la amparase contra los ataques de los perturbadores de cualquier clase. La sociedad entera se constituye fiadora del propietario y emplea todas sus fuerzas para asegurarle en el expedited uso y aprovechamiento de su propiedad. Por esta razón se llama *sagrada*, o como si dijésemos inviolable; porque la ley la protege como un sagrado, al que nadie puede llegar sin atacar las bases de la sociedad (170).

El tono general y de principios que preside el discurso general en la parte dedicada a propiedad y demás derechos de carácter patrimonial, hace pensar que no se hallaba redactada, tan sólo se preveían unos títulos, unos contenidos. La sistemática del *Code* y algunas lecturas e ideas usuales en la época les sirven a quienes escribieron el proyecto. Tras la propiedad sagrada, sus limitaciones o gravámenes, bajo el concepto de servidumbres públicas y privadas, luego el traspaso de la propiedad en vida, por voluntad del dueño. Sigue en el terreno de los principios genéricos.

La propiedad radicada en una persona puede trasmitirse a otras en todo o en parte; pero para ello se necesita la anuencia o consentimiento del propietario, bien sea expreso, como sucede en los contratos y testamentos, o bien tácito o presunto, como en los casi contratos, delitos y casi delitos, en las prescripciones y en las sucesiones intestadas. En último resultado se verifica el concurso de su voluntad literal, o de la que la ley pronunció anteriormente en su nombre. La libertad individual, la de la propiedad y el interés de multiplicar y subdividir la riqueza pública exigen que el legislador prescriba reglas para los traspasos de la propiedad, debiendo servirle de base los siguientes principios: «Proteger una anchurrosa libertad, corregir los fraudes, los extravíos y las preocupaciones funestas» (171).

(169) *Proyecto 1821*, pág. 96.

(170) Discurso preliminar del *Proyecto 1821*, pág. 25.

(171) Discurso del *Proyecto 1821*, pág. 26.

Esa generalidad, se reduce un tanto al tratar de los contratos; se establecería un título general y, después, se contemplaría cada uno en particular. El orden y los que pensaba colocar, parece extraído del código francés, aun cuando en algunos se plantea la posibilidad de colocación en dos o más lugares —sociedad conyugal, mandato, fianzas... Incluso piensan tener en cuenta algunos «que trajeron nuestros Códigos antiguos y no pueden omitirse en el presente, porque versan sobre objetos conocidos y de interés que debe reglar la ley» (172). Nada dice, quizá sean censos u otros contratos agrarios.

Con cierta originalidad de sistemática, distribuye sobre el quicio esencial de situaciones *inter vivos* y *mortis causa*, las instituciones civiles. Deja para el final el tratamiento de sucesiones, que presentan variedades forales. Aunque no piensan recogerlas, ni deciden por cuál se inclinarán.

Sin salir de España para recorrer la legislación antigua o moderna de otros países, sin remontarse dentro de la misma España a tiempos lejanos, presentan hoy día un cuadro muy variado en esta parte sus diferentes provincias, en medio de la unidad de principios políticos. Navarra, las provincias Vascongadas, Aragón, Cataluña e islas Baleares se diferencian de las Castillas en el particular, mucho más que en su clima y producciones.

La Comisión ha meditado detenidamente la materia, y aunque el artículo 258 la autorizaba para dictar modificaciones locales, creyó no debía adoptar otra que la de toda reforma saludable, la de «no dar un efecto retroactivo» (173).

Con ello —creen— se preserva la felicidad común, pero debe buscarse además la total uniformidad, que, por el momento, ve tan sólo en sus principios; la comisión buscaría la educación y fomento de la generación naciente, de las justas esperanzas a que dan lugar los vínculos de naturaleza, matrimonio, amistad y servicio, contener la discordia, el capricho o la imaginación... Incluso presenta algún principio con mayor contenido, tales como la máxima subdivisión de la propiedad —deseo bueno que recubre también la desamortización— o el estrechar los lazos de la subordinación doméstica, como taller en donde se labra la subordinación a la ley y sus agentes, sin la cual no hay sociedad (174). En suma, no se terminó el libro tercero, que tanto podía habernos ilustrado sobre las ideas e intereses de aquella sociedad liberal que estaba naciendo.

(172) Discurso del *Proyecto* 1821, pág. 27.

(173) Discurso *Proyecto* 1821, pág. 28 s.

(174) Discurso *Proyecto*, 1821, pág. 29, véase sobre transacción 27 s., prescripción 30 s. Al fin de los artículos, en la pág. 94, aparece una nota: «El libro 3.^o de la 1.^a parte de este Código se publicará en cuaderno separado». Nunca llegó, pues la demora lleva a la restauración de 1823, sobre la que puede verse M. y J. L. PESET REIG, «La legislación contra liberales en los comienzos de la década absolutista (1823-1825)» *Anuario de historia del derecho español*, XXXVII (1967), 437-485.

VI. CONCLUSION

A la hora de concluir este estudio, he de intentar extraer el sentido del proyecto de código civil de los liberales del trienio. ¿Qué significa aquel esfuerzo en el campo civil? ¿Mero deseo de ponerse a tono con otros países o la necesidad de adecuar la legislación española a los tiempos nuevos? Decía en el preliminar, referido a la ley y su interpretación.

El legislador puede y debe minorar su ominosa arbitrariedad, anticipándose a practicarla por sí en cuanto sea posible, como se ha hecho en algunos códigos modernos de la culta Europa..... Puede y debe corregir sus extravíos y encerrarla por aproximación dentro de su círculo natural, que es el de una buena gramática y una lógica exacta. Y lo conseguirá sin violencia, si por su parte se limita a legislar sobre todos los objetos que reclaman su atención; si lo ejecuta tomando el verdadero punto de vista de las cosas, que es el mínimo de los sacrificios y el máximo de las fruiciones, de donde resulta la mayor suma de pública prosperidad; si se explica por principios, con claridad, precisión y coherencia (175).

Así, de pasada, se indican deseos de nivelarse con los códigos modernos y dar nueva legislación que asegure la buena convivencia y la prosperidad de la España liberal. Para ello, los nuevos dominadores ven necesario desprenderse de los viejos cuerpos legales y alcanzar una regulación de la vida española más cercana a sus ideas e intereses. Quienes apoyan el régimen liberal son muy otros de quienes habían vivido bajo la ley de *Partidas*. El círculo de los poderosos —tan estricto en el antiguo régimen— parece ampliarse a todos los ciudadanos a través de la representación y los poderes consagrados en la constitución. Respeto al texto de 1812 y desarrollo de sus preceptos es el primer principio del proyecto. Se mueve en una desigualdad diversa a la existente en siglos anteriores. Desigualdad de ricos y pobres —no de nobles y villanos—, desigualdad de amos y criados o dependientes, inferioridad de mujeres, de rentas, de educación... En cambio, a pesar de que se refería a América no aceptó los principios esclavistas en su seno, como todavía algunos códigos de su época.

Representación y gobierno por las leyes. Uniformidad que no admite los derechos forales, ni los usos y costumbres contra ley, que podían impedir el moldeamiento social de la nueva época. Los españoles poseían unos derechos en cuanto personas, además de los ciudadanos. La

(175) Discurso preliminar *Proyecto 1821*, pág. 14-15.

primera tabla de los derechos del hombre, contenida en la constitución, se ampliaba: libertad de la persona y las opiniones, propiedad, igualdad, seguridad... Pretensión de un código completo que abarque aspectos políticos y públicos.

Por desgracia, la parte económica del código civil no llegó a redactarse. Desde ella podíamos haber entendido mejor las ideas e intereses del segundo período liberal, acerca de lo que piensa la burguesía que se enfrentaba al absolutismo. Falta la regulación de la propiedad, sucesiones, contratos... Pero otra gran institución puede entenderse desde este fragmento de la codificación española, la familia en sus relaciones personales. El poder notable del padre, pues si a la madre se le concede bastante, siempre la subordina y limita el cónyuge varón. Los hijos se encuentran decididamente sometidos hasta los veinticinco años, si bien, comparado con la legislación anterior, no puede menos de reconocérsele cierta flexibilidad, mayores tolerancias. Mas no en materia económica, ya que sus bienes están más sometidos al padre que en la tradición romanista. Por fin, interesa observar que los parientes rodean todavía el círculo familiar estricto y, a falta de padres, dejan notar su influencia.

El matrimonio es base indiscutida para los derechos de los hijos. Sólo los legítimos o legitimados por matrimonio gozan de situación plena. Los naturales no consiguen demasiado, aun cuando no podemos juzgar de lo que les concedería en lo económico. Los adoptivos ni siquiera se mencionan. En materia matrimonial —como en otras— se marca la distancia con la iglesia, pero sin alcanzar la separación como en Francia. Se refiere a los aspectos civiles con resalte de la intervención del estado, continua, creciente... La instauración de un auténtico prematrimonio civil ante el alcalde indica esta tendencia. El estado se inmiscuye cada vez más en la vida de los naturales, el derecho se hace cada vez más minucioso, los controles liberales aumentan en todos los sectores.

Estas son las líneas esenciales de la regulación de aquel proyecto que no llegó a tener vida jurídica. Buena sistemática, doctrinarismo en las definiciones y divisiones, esfuerzo por mantener la propia mente en una época de afrancesamiento general. Obra de un jurista preclaro, Nicolás María Garely, y una comisión; eslabón primero de nuestra codificación civil, que es preciso sea estudiada —que se continúe esta primera aproximación— por dos razones principales. La primera para comprender realidades y preceptos aún vigentes en España, los antecedentes del código civil de 1888-1889. La segunda para adjuntar a la historia del siglo pasado nuestra codificación; porque las constituciones y los códigos permiten entender mejor el juego de las realidades, intereses y designios de los liberales. Textos, principios inspiradores y coactivos con que las élites en el poder manifiestan sus intenciones de cambio en la España decimonónica.

La nulidad parcial del contrato con precio ilegal

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Colaborador del Departamento de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: Introducción.—I. *Marco ideológico-jurídico del problema:* 1. La autonomía privada y su crisis: *a) La voluntad como único motor del Derecho Privado.* *b) El suicidio del dogma de la voluntad.* 2. La socialización del Derecho y del contrato: *a) El Estado social de Derecho.* *b) Características y significación del nuevo Derecho socializado.* 3. El Orden Público Económico: *a) El carácter funcional de la categoría.* *b) Sus características y concepto.* *c) Peculiaridades específicas frente al clásico y genérico Orden Público.* *d) Su acogida en nuestro ordenamiento.* 4. El reflejo de las nuevas tendencias en la disciplina de la relación contractual: *a) De las autorizaciones aisladas a la Planificación.* *b) La crisis del contrato.* *c) La sustitución de la voluntad privada por la ley en la formación y efectos del contrato:* 1'. En relación con la libertad contractual: limitaciones e intervención estatal sustitutiva. 2'. En relación con la libertad de contratar: la disociación entre la relación contractual y el acto de su constitución. *d) El contrato, de vehículo de la autonomía privada a ocasión de aplicabilidad de la normativa imperativa; la mayor complejidad actual de la regla negocial en sentido amplio.*—II. *El contrato con precio ilegal ante la Jurisprudencia civil del Tribunal Supremo:* 1. Triple línea de solución. 2. Primera época: *a) Sentencias.* *b) Comentario.* 3. Segunda época: *a) Sentencias.* *b) Comentario:* 1'. Comentario global. 2'. Examen más detenido de la Sentencia de 21 de junio de 1963. 4. Tercera época: *a) Sentencias.* *b) Comentario.*—III. *Elaboración doctrinal del tema:* A) Nulidad (en principio) del contrato infractor de la ley interventora en materia de precios: 1. El contrato nulo y sus causas. 2. Dudas en la Jurisprudencia y en la Doctrina sobre la aplicabilidad de los artículos 4 (hoy 6, 3) y 1.255 del Código Civil al contrato infractor de las normas de Tasas. 3. Intento de superación de las anteriores dudas: *a) El contrato infractor, como contrato «contra legem»:* 1'. Sentido de la palabra «ley» en los artículos 4 (hoy 6, 3) y 1.255 del Código Civil. 2'. La infracción del precio fijado administrativamente y la doctrina jurisprudencial de la no nulidad de los actos contrarios a las meras disposiciones administrativas. 3'. Nulidad textual o expresa y virtual o tácita. *b) El contrato infractor, como contrato inmoral:* 1'. Moral y Derecho. 2'. Juicio estrictamente moral sobre el contrato infractor. 3'. Acogida de este criterio en nuestro sistema jurídico. *c) El contrato infractor, como contrario al*

orden público económico. *d)* El contrato infractor, como contrato con objeto ilícito. 4. Conclusión. B) Modalización del anterior régimen sancionador: La nulidad parcial del contrato infractor y la sustitución de su cláusula nula por la disposición legal imperativa. 1. Introducción. 2. El artículo 31 de la Orden del Ministerio de Comercio de 24 de octubre de 1966 y normas administrativas paralelas. 3. Contraindicaciones de la sanción civil de nulidad total en la materia estudiada. 4. La ley imperativa-sustitutiva y su acogida en nuestra doctrina científica. 5. Ley imperativa-sustitutiva y nulidad parcial. 6. La nulidad parcial en nuestro ordenamiento jurídico. 7. Necesidad de distinguir entre las distintas formas y funciones de la nulidad parcial: *a)* Nulidad parcial en función de la voluntad de las partes y nulidad parcial de orden público o coactiva. *b)* Notas fundamentales de la segunda. 8. «Ratio» y fundamento del mecanismo de la nulidad parcial coactiva. 9. Naturaleza jurídica de la sustitución de la cláusula nula por la legal, y de la previa nulidad parcial: *a)* Consideración previa. *b)* Teorías: 1'. Sustitución e interpretación integradora. 2'. Sustitución y conversión. 3'. Sustitución y sanatoria. 4'. La sustitución automática como medio técnico para la conservación coactiva del negocio parcialmente nulo y legalmente rectificado: *a)* Exposición. *b)* Fundamentación en nuestro ordenamiento. 10. Propiedades de la nulidad parcial coactiva: *a)* Irrelevancia jurídica de la parte nula. *b)* Su operatividad «ipso jure». *c)* Oponibilidad «erga omnes». *d)* Insatisfabilidad. 11. Objeciones opuestas en la doctrina contra la tesis de la nulidad parcial. 12. Conclusión.

INTRODUCCION

Intentamos en este trabajo estudiar la vertiente civil de lo que ha sido «el ejemplo típico de la intervención estatal en la libertad de contratación: la fijación de los precios por medio de disposiciones imperativas» (1).

Las situaciones de penuria general y de guerra han propiciado especialmente este género de medidas interventoras (2), pero es lo cierto que la finalidad de las mismas —de operatividad aun al margen y con independencia de las peculiares circunstancias referidas— han tendido a hacer de la intervención en materia de precios una medida de permanente y continuada aplicación (3).

La tasación, en efecto, se propone evitar los dañosos efectos del orden libre de mercado, conformándolo según cauces de justicia distributiva (4), y esta finalidad, con independencia de los criterios económicos imperantes en un determinado momento his-

(1) SANTOS BRIZ: *La contratación privada*, Madrid, 1964, pág. 26.

(2) HÉMARD: *L'économie dirigé et les contrats commerciaux*, en «Le Droit Privé Français au milieu du XXº siècle», t. II, pág. 55.

(3) Testimonio histórico de ello, en GUAITA: voz «Abastos»: *Nueva Enc. Jur. Seix* t. 2, págs. 37 ss.

(4) VILLAR PALASI: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, RAP, 1955, 16, pág. 47.

tórico, hace siempre de posible y oportuna aplicación la política de intervención de precios (5).

En nuestros días, pasadas las circunstancias de posguerra, las medidas sobre precios se insertan en el marco del re-establecido orden de mercado (6), marco que no significa, sin más, la vuelta al viejo principio de libertad total de comercio. La libertad, como todos los derechos fundamentales, ha variado de significación —Umdeutung der Grundrechte— y hoy se la conjuga con la función social de la propiedad y de los derechos. Se entiende, pues, que una adecuada política de rentas deba contar hoy, como eficaz medio a su servicio, con el control de los precios y con la fijación imperativa de los mismos.

Control éste, además, que en la actualidad viene poderosamente exigido por el preocupante y actualísimo problema de la inflación económica. El aumento de precio de los artículos de consumo desencadena necesariamente «la espiral de precios», con lo que la intervención en los mismos aparece hoy como una importante medida de estabilización económica (7).

Pues bien, ocurre que no obstante ser la técnica de fijación imperativa de precios materia que muy directamente afecta a las relaciones privadas nacidas de los negocios en que incide y, a pesar de ser abundante la reglamentación de la misma, en ninguna de sus normas se encuentra precepto alguno que se ocupe de las relaciones de esa normativa con el Derecho Civil (8). En consecuencia, aspecto tan importante como el de la eficacia o ineficacia del contrato celebrado en contra de la norma interventora, está huérfano de regulación en esta disciplina especial.

«Si la Jurisdicción de lo Civil —decía Moreno Mocholí (9)— tiene que conocer de algún supuesto en que se discuta si es o no eficaz el contrato en que se hubiere estipulado precio abusivo, no encuentra directamente en la legislación de tasas precepto que le sirva de fuente inmediata.»

Y efectivamente, la Jurisdicción de lo Civil ha tenido que co-

(5) «Le contrôle officiel des prix et les mesures destinés à protéger le marché institué au cours de la dernière guerre mondiale, ne doit pas nécessairement être aboli pour l'avenir... La collectivité a... le droit d'être protégée contre les agissements des fabricants, marchands, trafiquants et mercantis qui cherchent sans aucun scrupule à se procurer des bénéfices illicites et excessifs»: LEINGRUBER: *Proceedings del VII Congreso Internacional de Ciencias Administrativas*, Berna, 1947, pág. 9.

(6) Cfr. Preámbulo Decreto Ministerio de Comercio de 24 de octubre de 1966 sobre Ordenación de precios.

(7) LIMPENS: *La vente en Droit Belge*, Bruselas-París, 1960, pág. 428.

(8) Cfr. al respecto MORENO MOCHOLÍ: *La legislación de tasas y el contrato de compraventa*, RGLJ, octubre 1946, págs. 455 ss. Qué venga a suponer respecto a la situación posterior a la fecha en que escribía MORENO MOCHOLÍ el artículo 31 de la Orden del Ministerio de Comercio, ya citada, de 24 de octubre de 1966, es algo que estudiaremos en el trabajo. Por lo demás, el Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, sobre Disciplina de mercado, al que se remite el Decreto-ley 12/1973, de 30 de noviembre, no contiene previsión alguna sobre el efecto civil de la infracción de la norma interventora.

(9) MORENO MOCHOLÍ: *Op. cit.*, ib.

nocer y resolver estos problemas y su criterio ha estado lejos de ser claro y uniforme. La materia está necesitada de un más detenido estudio; a él quisiéramos nosotros contribuir con el presente trabajo.

Para ello abordamos en la primera parte el que entendemos debe ser el marco adecuado para la solución del problema; en la segunda, examinamos la evolución del Tribunal Supremo frente al mismo. Finalmente, dedicamos la tercera parte a la elaboración doctrinal de la solución que propugnamos.

I. MARCO IDEOLOGICO-JURIDICO DEL PROBLEMA

1. *La autonomía privada y su crisis.*

a) La idea, ya expresada en los textos romanos, de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico análogas a las leyes, va a ser recogida por el Derecho Común (10) y elevada a la categoría de eje central del sistema en los movimientos renacentista y racionalista. El ordenamiento jurídico se va a entender en función del individuo, y el poder de la voluntad (Willensdogma) será el único motor del Derecho Privado (11).

La voluntad individual aparece, pues, en la Codificación como poder de constitución de relaciones jurídicas y como poder de reglamentación del contenido de las mismas, y si bien no podrá crear «ley» (12), las obligaciones que en la misma voluntad encuentran su fuente «tienen fuerza de ley entre las partes contratantes», según dispone el artículo 1.091 de nuestro Código Civil, siguiendo casi literalmente al 1.134 de su modelo francés.

No deja de ser llamativo —y así lo subraya Savatier (13)— que el Código emplee en este lugar la palabra «ley», conociendo el respeto casi místico que a dicho término profesaba la filosofía política de la época. El legislador quiso rendir homenaje a esa libertad humana cuya prerrogativa esencial consistía en poder crear Derecho; cada hombre recibe una especial delegación del legislador por la cual él mismo podrá construir por su propia libertad el derecho

(10) DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 25.

(11) GIORGANI, Michele: *Il Diritto privato e i suoi attuali confini*, RTDPC, 1961, págs. 395-396. En general y aparte de las obras que en sucesivas notas irán apareciendo, sobre el tema de la autonomía privada cfr. ROCAMORA: *Liberdad y voluntad en el Derecho*, 1947; WILLEY: *Essor et decadence du volontarisme juridique, «Leçons de philosophie du Droit»*, 1960; ASCARELLI: *Certeza del Diritto e autonomia delle parti. Problemi giuridici*, 1959, I; ROMANO (Santi): *«Autonomía», Frammenti di un Dizionario giurídico*, 1953; FERRI, Luigi: *L'autonomia privata*, 1959; MANING: *Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, 1935.

(12) Cfr. sobre el particular, entre otros, DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 32; DÍEZ PICAZO: *Autonomía privada y derecho necesario en la LAU*, ADC, 1956, pág. 1154.

(13) SAVATIER, René: *Du Droit Civil au Droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, París, 1945, pág. 53.

civil contractual a cuyo servicio se pondrán los tribunales y la fuerza pública (14).

Sin duda, incluso en plena efervescencia individualista-liberal, el poder creador y configurador de relaciones jurídicas atribuido al individuo habría de tener sus límites. La proclamación del poder autónomo de la voluntad se hace con expresa reserva del respeto en todo caso debido a la ley, la moral y el orden público (artículos 1.255 de nuestro Código Civil y 6 del francés) (15), pero el orden público no se concibe en esta época sino como salvaguardia y garantía de la misma libertad. A él se apela, por ejemplo, para la protección de los incapaces, para remediar los vicios del consentimiento o para impedir que el hombre pueda contratar sus servicios de por vida. El mismo orden público estaba al servicio de la libertad (16).

Por otra parte, en el siglo XIX el Poder Público no llegó nunca a proponerse una acción conformadora de alcance general sobre el orden económico y social —eine allgemeine Gestaltungsaufgabe— ni un dominio conformador sobre el mundo social de lo económico. Con razón ha observado Villar Palasí (17) cómo uno de los asertos más comentados y comúnmente aceptados de Montesquieu pasó a ser dogma indiscutido de un siglo: «il ne faut pas régler par les principes du droit politique les choses qui dépendent du droit civil» (*Esprit des Lois XXVI*, pág. 15).

Voluntarismo, pues, de signo individualista y abstencionismo estatal, van a dar como resultado un sistema de contratación en el que el ordenamiento jurídico cumplirá una función puramente supletoria de la voluntad privada (18).

b) Sin embargo, las circunstancias económicas y sociales van a demostrar muy pronto la inoperancia de los principios recogidos en la Codificación. La formación de masas descomunales de bienes controladas por muy pocas manos, la aparición de los grandes monopo-

(14) Que éste sea el verdadero sentido de la ambigua expresión «autonomía de la voluntad» es, al menos, dudoso. Para una fundada crítica al respecto, cfr. GORLA, Gino: *El contrato*, Barcelona, 1959, t. I, págs. 95 y 96. «En relación con el problema que nos interesa —dice el autor— no se trata de realizar el poder de la voluntad del promitente, sino de conceder o negar una acción al promisario. Al condenar al promitente que hubiere cambiado de voluntad, la ley va contra su voluntad y contra su interés... La ley no hace nacer el vínculo del querer, sino de una situación bastante más compleja en la que ha de incluirse aquella confianza del destinatario de la promesa...»

(15) Sobre el alcance de estos límites, vid. ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*. Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1954-55. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1954.

(16) SAVATIER, René: *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, 2.^a ed., París, 1952, pág. 20.

(17) VILLAR PALASÍ, José Luis: *Justo precio y transferencias coactivas*, RAP, 1955, 18, pág. 42.

(18) ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Transformaciones del concepto del contrato en el Derecho Moderno*, RGLJ, 1945, núm. 2, págs. 142 ss. Sobre el mismo tema, cfr. OSSORIO-MORALES: *Crisis en la dogmática del contrato*, ADC, 1952, páginas 1175 ss.

lios y sociedades de empresas, la anulación de la competencia, la desigualdad de las clases sociales y su muto enfrentamiento, etc., van a producir lo que Royo Martínez ha llamado «el suicidio del dogma de la voluntad» (19).

Si los autores del Code y la mayoría de los jurisconsultos de la primera mitad del siglo XIX —salvo la escuela de Savigny (20)— creyeron que su obra constituiría un sistema de Derecho definitivo, la realidad fue bien distinta. El Libro Conmemorativo de su Centenario recoge ya un estado de opinión formada en este punto. Albert Tissier denunciaba al Código por antisocial; Edmond Picard lo juzgaba sin clemencia como «Código de burgueses que no respeta la igualdad civil más que para asegurar la desigualdad social... Código de propietarios que sólo se ocupa de la riqueza adquirida y desconoce al trabajo que la ha creado»; Charmont, en 1908 lo calificaba como «el Código del patrón, del acreedor y del propietario»; en 1912 Duguit enseñaba que el orden metafísico del Code debía dejar paso a un nuevo sistema de orden realista (21). En el mismo año, M. Gounot declaraba definitivamente cerrada la época de la autonomía privada, entendida como la autonomía de la voluntad del particular (22).

¿Qué ha pasado, pues, para que un sistema jurídico de tan honda raigambre histórica y nacido con pretensiones de perpetuidad haya caído en tan breve espacio de tiempo? Faltaron los presupuestos fácticos para que la disciplina contractual pudiera cumplir su objetivo. Hoy es pacífico que la misma disciplina sólo puede llevar a resultados justos si el Derecho emprende una acción socialmente correctora y reequilibradora (23). De no ser así, la libertad contrac-

(19) ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 145 ss.

(20) Cfr. WIAEKER, Franz: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. esp., Madrid, 1957, págs., especialmente, 350 ss.

(21) Las citas están tomadas de RIPERT: *Le Régime démocratique et le Droit Civil moderne*, 2.^a ed., París, 1948, pág. 17.

(22) Citado en FERRI, Giovanni B.: *L'ordine pubblico economico*, «Riv. Dir. Comm.», 1963 (noviembre-diciembre), pág. 465. Por lo demás es de señalar cómo las críticas no se limitaron al Code. No mejor suerte correspondió al BGB; baste recordar la dura crítica que a su Proyecto hiciera Antonio MENGER en su muy conocido *El Derecho Civil y los pobres*, ed. esp., Madrid, 1898, págs., especialmente, 297-298: «Todo el Derecho de Obligaciones, y señaladamente, el derecho relativo a los contratos, se funda sobre la máxima o doctrina de la libertad de los contratos... Los autores del Proyecto se han olvidado de motivar el principio, de seguro porque saben que una motivación en este punto les hubiera provocado obstáculos demasiado peligrosos. El verdadero fundamento de la libertad del contrato es, sin duda, el que en la esfera de las relaciones relativas a las obligaciones por deudas hay un conflicto de intereses económicos entre ricos y pobres, siendo necesario dejar a los primeros la mano libre para percibir rentas sin trabajar.»

En distinto plano y desde otro punto de vista, cfr. RODOTA, Stéfano: *Discussioni e polemiche sul diritto soggettivo nella Germania Orientale*, «Riv. Dir. Comm.», 1963, I, pág. 53.

(23) Cfr. al respecto RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París, 1951, pág. 40: «Si l'un des contractans peut imposer sa volonté, si l'autre est obligé par la nécessité d'adhérer sans discuter, le contrat n'est plus que la loi du plus fort.»

tual compromete la igualdad mediante la utilización abusiva del contrato, y «la democracia, más que la libertad, quiere la igualdad o, más exactamente, no quiere la libertad sino como manifestación de la igualdad. Por ello la reglamentación y las prohibiciones resultan medidas necesarias para defender la igualdad y, con ella, la libertad individual» (24).

La disciplina contractual, en consecuencia, se va a ver hoy modificada y completada mediante la injerencia del Estado en las relaciones privadas y la progresiva limitación de la autonomía de los particulares, elementos éstos que, constituyendo un auténtico «signo de los tiempos» (25), van a aportar los datos necesarios, extraídos de la realidad económica y social, para que el instituto contractual pueda servir de adecuado y efectivo cauce a la justa composición de intereses entre particulares. El Estado, moderador de la nueva realidad económica, tras su anterior actitud abstencionista, va a producir con su injerencia en las relaciones «inter privatos», la llamada «publificación» o «socialización» del contrato. El resultado será un derecho privado «socializado» o «publificado» que se hallará respecto al derecho privado sin esa adjetivación en la misma relación que la economía dirigida respecto a la concepción liberal-abstencionista (26).

¿Cuál ha sido la reacción de los jusprivatistas ante la nueva fisonomía de su disciplina? Giorgiani la describe como consternación sólo equiparable a la de quien, entrando en su casa tras una larga ausencia, la encontrara invadida de gente extraña que hubiera derribado muros y puertas y modificado muebles y tapicerías. Se habla frecuentemente de crisis, pero tampoco son infrecuentes expresiones más desoladas, como aquella del «declinar» del Derecho privado (27).

«Exageraciones respecto de las que conviene estar prevenidos, porque la cruzada que se predica para luchar por un Derecho libre de la sociedad en contra del pan-administrativismo, puede ser dirigida —dice De Castro— en beneficio de ciertos grupos de presión.» Y es que —como concluye el mismo De Castro— «la llamada crisis de la autonomía privada no procede de causas exteriores a ella, sino que dudas e incertidumbres proceden de su propia naturaleza sociológica... La defensa por el Estado de la autonomía privada supone ya la intervención de aquél, el que la califique, defina y límite» (28).

(24) RIPERT, Georges: *Le Régime démocratique...* cit., pág. 118.

(25) Cfr. DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 16: «La injerencia del Estado y de su burocracia en todos los aspectos de las relaciones privadas es signo de los tiempos, cuyo crecimiento parece constante. En parecidos términos se expresa SANTORO-PASSARELLI en *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia. Saggi di Diritto Civile*, Napoli, 1961, pág. 231: «La progressiva limitazione dell'autonomia dei privati è il fenomeno più appariscente e caratteristico del tempo attuale.»

(26) GIORGIANI: *Il diritto privato e i suoi...* cit., pág. 406.

(27) GIORGIANI: *Op. cit.*, págs. 391-392.

(28) DE CASTRO: *Op. cit.*, pág. 17.

2. La socialización del Derecho y del contrato.

a) El fenómeno para cuya denominación «no se ha encontrado un giro más adecuado, pese a los posibles equívocos, que el de socialización del Derecho» (29), es el resultado de un proceso histórico que, iniciado ya en las postrimerías del siglo XIX, las dos guerras mundiales han acelerado notablemente.

En efecto, ya en el siglo pasado y dentro todavía de un sistema de pura economía liberal, autorizadas voces venían pidiendo la transformación del Derecho Civil —y en él, es obvio, del derecho contractual— mediante la atenuación de su carácter individualista y su penetración de un espíritu de «socialidad» que las nuevas circunstancias hacían cada vez más imprescindible (30).

La conflictividad de las relaciones laborales, en un primer momento, y más cerca ya de nuestros días, las condiciones de los arrendamientos rústicos y urbanos, la crisis en la producción de bienes, la necesidad de mantener el valor de la moneda, el desfavor hacia los intereses usurarios, la tutela, en general, del contratante débil, y la necesaria dirección de la economía, etc. (31), van a exigir del legislador el abandono de su pretendida neutralidad y la inspiración más «socialmente comprometida» (como hoy se diría) de la disciplina contractual, llamada a servir de instrumento de justa composición de los intereses enfrentados en las relaciones de contenido económico.

El problema va a adquirir transcendencia política y la antigua noción de las libertades públicas va a revestir un nuevo significado, comprendiendo en sí los derechos económicos y sociales que permitan a todos el ejercicio real de la libertad (32).

De este modo va a nacer el «Estado social de Derecho», cuyo principal y más perentorio cometido será la conformación de un orden social más conforme con la idea de justicia que necesariamente le preside y que previamente ha debido representarse y

(29) HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1972 (reimpresión), pág. 233. Sobre la socialización del Derecho escribió ya hace tiempo CASTÁN, dando una noción precisa de la misma; cfr. *La socialización del Derecho*, en RGLJ, 1915, págs. 279-280.

(30) Así, entre otros, CIBBALI: *La nuova fase del Diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di reforme della legislazione civile vigente*, Napoli, 1881; SALVIO: *I difetti sociali del Codice Civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, Palermo, 1891; GIANTURCO: *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli, 1891; POLACCO: *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, Camerino, 1885; MENGER: *El Derecho Civil y los pobres* cit., etc.

(31) Cfr. al respecto RIPERT: *Le Régime démocratique* cit., págs. 165 ss.; MESSINEO: *Il contratto in genere*, t. I, Milano, 1968, págs. 28 ss., del mismo autor: voz «Contrato», en la *Encyclopédia del Diritto*, t. IV, págs. 796-797; SAVATIER, René: *Les métamorphoses...* cit., págs. 40 ss.

(32) Cfr. sobre el tema DUVERGER, Maurice: *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1968, págs. 214-217. Vide también RIVERO, J., y VEDEL, G.: *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 Octobre 1946*, «Col. Droit social», 1947; BENJAMIN CONSTANT: *La liberté des anciens comparée avec celle des modernes*, en «Cours de politique constitutionnelle». 1872.

proponerse. «Cuando después de la primera guerra mundial —dice Forsthoff— el Estado puso mano en la obra de conformación del orden de existencia social, tuvo necesidad, por ello mismo, de principios e ideales de justicia social de los que pudo prescindir el Estado de Derecho burgués» (33).

La Administración se distinguirá desde ahora por su especial relación con el orden social, al que pretende conformar por la modificación del mismo en su totalidad, es decir, más allá del ámbito de la intervención concreta (34). Hoy las expresiones —acuñadas por Forsthoff— de la Administración como «prestadora de servicios» (*Die Verwaltung als Leistungsträger*) y como «procuradora de la existencia» (*Daseinvorsorge*) han encontrado en la doctrina inmediata e indiscutida aceptación por ser el exacto reflejo de la misión actual del Estado frente al súbdito (35).

b) ¿Cuál va a ser el signo del derecho nacido del nuevo Estado? Fundamentalmente, su mayor cariz imperativo y controlador, en función siempre del interés general y de la justicia social (36). Más

(33) FORSTHOFF, Ernst: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, pág. 109. En el mismo sentido, RIPERT: *Le Régime... cit.*, pág. 254.

(34) Cfr. sobre estas ideas FORSTHOFF: *Op. cit.*, págs. 100 ss.

(35) VILLAR PALÁS, José Luis: *La intervención en la Industria*, Madrid, 1964, págs. 24-25.

(36) Algunas muestras, en nuestro ordenamiento, de este nuevo espíritu podrían ser las siguientes: Ley de 30 de septiembre de 1940 (Jefatura del Estado) por la que se crea la Fiscalía de Tasas: especialmente, su «Preámbulo»; Ley de 24 de junio de 1941 (Jefatura del Estado) por la que se reorganiza la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes: «Preámbulo» y artículo 1, e); Ley de la misma fecha y también de la Jefatura del Estado por la que se disponen sanciones especiales para los casos de acaparamiento y ocultación de mercancías: «Preámbulo»; Ley de 16 de octubre del mismo año (Jefatura del Estado) por la que se aumenta el rigor de las anteriores sanciones, modificando la norma precedente: especialmente en su «Preámbulo»: «En estas condiciones —se dice— todo enriquecimiento del ramo productor se efectúa a expensas del resto de los españoles, produciendo como resultado general un estado de miseria y depauperación en las clases menos dotadas»; Ley de 27 de abril de 1946 (Jefatura del Estado) por la que se subsume en el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, la percepción de primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas, especialmente en su «Preámbulo»: «... las tortuosas maquinaciones... agudizan el problema por causas cuya pervivencia resulta incompatible con el sentido profundamente social que caracteriza a la organización del Estado»; Orden del Ministerio de Comercio de 24 de octubre de 1966 sobre ordenación de precios, que, pasadas las circunstancias de posguerra, mantiene el espíritu social, al justificarse —en su Preámbulo— como medio de defensa del poder adquisitivo de las rentas de trabajo; la misma finalidad persigue, según atestigua también en su Preámbulo, el Decreto de 17 de noviembre del mismo año, del Ministerio de Comercio, sobre disciplina de mercado.

También la Jurisprudencia se hace eco del espíritu social informador de la legislación que aplica. Basten como muestra los siguientes testimonios: S. de 17 de abril de 1947 (Civil): «Que... la Fiscalía de Tasas, obrando dentro de la función punitiva que la ley le concede en servicio del interés general...»; S. de 9 de enero de 1958 (Civil): «Que dictada la legislación de tasas en interés de la sociedad para contener el agio de las cosas a precios abusivos...»; S. de 12 de junio de 1959 (Sala IV) sobre diferencia de precios en campaña azucarera: «Por tratarse, en definitiva, de un régimen establecido para lograr en interés nacional un servicio público...»; S. de 24 de marzo de 1962 (Sala IV)

que la pureza del esquema contractual formal, lo que interesan ahora son las situaciones jurídicas contractuales, cuyo nacimiento podrá ser controlado y en cuyo contenido podrán introducirse las modificaciones que exija el interés general. El contrato deberá ser controlado desde su nacimiento y durante el período de su vigencia, hasta el momento de su extinción (37).

Paralelamente, el nuevo derecho socializado emprenderá la tarea de la defensa del «débil», haciendo de ella —en palabras de Jos-

sobre regulación del precio del aceite: «Al usar ésta (la Administración) del derecho de prerrogativa en la regulación de los productos, cuya dirección asume legalmente en la materia a virtud del interés general y por el ejercicio del sistema de ordenación rectora de la economía...»; S. de 21 de junio de 1963 (Civil): «El Estado, en su legítimo derecho de defender sus intereses y los de sus súbditos, evitando el acaparamiento de productos vitales, el agio inmoderado sobre ellos en circunstancias excepcionales y, en general, los ilícitos contubernios para alterar el precio de las cosas, explotando la escasez de ellas o la dificultad de su adquisición, dictó las leyes de intervención y de tasas de determinados artículos...»; S. de 26 de junio de 1964 (Sala IV): «La autoridad urbanística... sólo actúa en la esfera de las relaciones administrativas determinadas por la presencia de un interés público»; S. de 26 de octubre de 1965 (Sala IV): «Que la relación entre el promotor-vendedor de la vivienda del tipo de que se trata y los compradores de ésta, es una relación contractual intervenida o reglamentada por el Estado en razón del problema social a cuya solución tiende la construcción de tales viviendas»; S. de 13 de noviembre de 1965 (Sala IV), sobre precios de vivienda de renta limitada: «Todo ello instado, tramitado y resuelto conforme a una legislación administrativa encauzadora de un intervencionismo estatal en aras de una finalidad de mercado interés público: la solución o mitigación del problema social de la vivienda»; S. de 1 de marzo de 1965 (Sala IV): «Las observaciones de la parte actora alusivas a la interpretación restrictiva que se ha de hacer de las leyes estrictamente penales, ceden en este caso ante la necesidad de tener en cuenta el espíritu informador y la finalidad de resolver o paliar un problema social de la legislación administrativa sobre viviendas protegidas»; S. de 17 de abril de 1969 (Sala IV), sobre viviendas protegidas: «Se pone de manifiesto el fin económico-social que se persigue con la ordenación de esta clase de edificaciones y hasta qué punto en aras del cual han sido precisas estas dos medidas: dotar a los poderes públicos de una intervención directa, protectora y activa... y dar a las normas reguladoras de la materia un sentido flexible y variable...»; S. de 20 de marzo de 1969 (Sala IV): «Se infringió gravemente el espíritu socio-económico de la legislación promotora de las viviendas protegidas»; S. de 25 de octubre de 1969 (Sala IV): «Para responder al fin social que informa la legislación reguladora de este género de viviendas de protección oficial»; S. de 14 de noviembre de 1969 (Sala IV): «...cuya finalidad (de la legislación sobre viviendas protegidas) no fue otra que resolver el problema de la vivienda entre personas económicamente débiles, que se presentaba en el orden social como muy prioritario...»; S. de 10 de diciembre de 1969 (Criminal): «El acusado fenómeno de la escasez de viviendas ha motivado un sistema protecciónista de cargado interés social, en evitación de especulaciones sobre la estabilidad económica de los precios de alquiler, que repercuten en el arrendatario como parte más débil de la relación jurídica de inquilinato»; S. de 7 de febrero de 1970 (Sala IV): «...una vivienda de protección estatal, nacida y sujeta como tal a todo el proceso administrativo que cuidadosamente regula todas las de su género, inspirado en fines sociales preeminentes»; S. de 7 de abril de 1973: «Una vivienda de protección estatal perteneciente a bloque de construcción administrativa, inspirada en fines sociales preeminentes...».

(37) RIPERT: *Le régime...* cit., págs. 251-254.

serand (38)— una de sus constantes preocupaciones y su fin predilecto. Nace así un derecho de clase que por no venir determinado por el nacimiento, por tender al favorecimiento de las grandes masas y por proponerse la nivelación, y no la distinción del grupo favorecido, puede ser aceptado sin escrúpulos por la mística de la democracia (39).

Entendida así la socialización del Derecho, si bien en un principio pudo aparecer como programa de ciertos partidos políticos o como reflejo de determinados doctrinarismos ideológicos, hoy «constituye una realidad que se extiende universalmente como modo de organizar la convivencia humana» (40) y que la mayoría de los juristas contemporáneos acepta —dice Messineo (41)— como cuestión irrebatible, cualquiera que sea su «forma mentis» e incluso su inspiración política (42), gozando, además, de solemne re-

(38) Citado en MORIN: *Op. cit.*, pág. 111; el mismo MORIN, y en la misma obra, se ocupa de la defensa del débil por el Derecho, en la pág. 16.

(39) RIPERT: *Op. cit.*, pág. 103.

(40) HERNÁNDEZ GIL: *Op. cit.*, pág. 233.

(41) MESSINEO: Voz «Contratto» cit., págs. 795-796.

(42) No faltan, sin embargo, quienes se muestran decididamente contrarios a la llamada «función social del contrato». Tal es el caso, por ejemplo, de Gino GORLA, como puede comprobarse en su obra, ya citada, *El Contrato*, páginas 243-269. Para el autor, «la función social del contrato sería la causa en sentido propio del mismo, o sea, aquel 'quid' que, junto con la promesa o con el valor de la palabra dada, justifica la sanción jurídica, la intervención del Derecho; no una causa o justificación consistente en la exigencia de hacer justicia entre particulares (unida a la exigencia de seguridad), sino una justificación nacida del interés público en el reconocimiento de un determinado contrato por la función económico-social que tal contrato cumple» (pág. 244). «No creemos —continúa GORLA— (pág. 246) que el requisito de la función económico-social, así entendido, exista en el Civil Law moderno y mucho menos en otros sistemas jurídicos. No creemos que dicho requisito... sea susceptible de aplicaciones prácticas que lo distingan de la ilicitud del contrato...» Por ello, dado que los casos en que la función social del contrato podría entrar en juego se reducen todos a los casos de contratos ilícitos, «se advierte que la teoría queda vacía de todo contenido práctico» (pág. 255). Por otra parte, la misma teoría, «al considerar como causa o razón justificadora del reconocimiento jurídico la pretendida función social del contrato, ha tenido que llegar casi necesariamente a concebir y tratar unitariamente la causa... y esta concepción unitaria no parece exacta» (pág. 262). Termina GORLA criticando la teoría desde el plano ideológico: «La teoría en cuestión parece estar influida por la idea de que el Estado admite o permite el cambio privado de bienes o servicios típicamente económicos en vista de la utilidad social que tal cambio representa como medio apto para la producción y la distribución de aquellos bienes con miras al bienestar social... Sin embargo, al razonar así se olvida que no todos los contratos tienen por objeto intereses económicos...; se olvida, además, que no todos los contratos de intereses económicos tienden a resolver problemas de producción y distribución de la riqueza para conseguir el bienestar social. Una intervención del Estado en estos campos mediante el control que supone el criterio de la función social, sólo sería admisible en un Estado que pretendiera absorber y controlar toda la vida de los individuos en sus múltiples aspectos o fines, tanto económicos como no económicos... Además, aun en el campo de los contratos de intereses económicos que tengan tal importancia o cumplan dicho papel, cuando el Estado ha querido intervenir o limitar la facultad de los contratantes, lo ha hecho a través de normas expresas y bastante determinadas... Tal intervención del Estado en la vida económico-social del país no se ha actuado en nuestros sistemas me-

frendo constitucional en las comúnmente llamadas democracias occidentales (43).

La socialización del Derecho y la función social del contrato se nos presentan, entonces, como la necesaria inversión de la jerarquía de valores jurídicos establecida por los Códigos liberales. Este es el verdadero sentido de «la rebelión del Derecho contra el Código» (44). La corriente socializadora puede considerarse así como heredera y superadora de los ideales inspiradores de la Revolu-

diante el recurso al criterio vago y genérico de la función económico-social del contrato... El ir más allá de este sistema de normas determinadas para adoptar aquel criterio genérico significaría exponer el contrato a un poder discrecional del juez, que acabaría por destruir el contrato mismo en su función esencial, en contra de las exigencias de seguridad y de estabilidad que constituyen su base» (págs. 265-266).

Nos parece que en esta ocasión la crítica de GORLA no es acertada. En primer lugar, creemos, no puede reconducirse a la causa la llamada función social del contrato. No es que ambos elementos vayan a carecer por completo de relación entre sí. Lo que negamos es que la función social, que puede afectar a la causa del contrato en su licitud y ello por su relación con el interés social, llegue a confundirse con la misma causa. Quizá la operatividad de mayor interés de la función social del contrato radique en que en virtud de la misma, muchas convenciones que de otro modo podrían resultar lícitas, por su contraste con el interés social —lo que a continuación vamos a llamar el Orden Público económico— podrán ser declaradas nulas, por cuanto ilícitas. Tampoco es exacto, a lo que creemos, que la función social venga a suponer el olvido del mundo de los contratos sin contenido económico. Sin desconocer la existencia de este tipo de relaciones, la función social se predica como elemento inspirador de los contratos con repercusión en el orden económico-social, sin que por ello deba considerarse como un mero y vago criterio, inútil además, por encontrar aplicación sólo en un campo regulado por específicas normas «expresas y bastante determinadas». La función social del contrato, como criterio, viene a funcionar respecto a estas normas a modo de principio general inducido del ordenamiento, con la triple eficacia propia de tales principios: fundamentadora, interpretativa e integradora.

(43) DUVERGER: *Op. cit.*, pág. 219. Por lo que hace a nuestro sistema, la plasmación del «Estado social» ha querido verse en los siguientes textos fundamentales:

«Los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la nación» (Principios del Movimiento, Punto V).

«Todas las formas de propiedad quedan subordinadas al interés superior de la nación» (F. T., XII, y F. E., 30).

«La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado» (Principios del Movimiento, Punto X).

«En general, el Estado no será empresario, sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la nación» (F. T., XI, 4).

«La empresa, como unidad productora, ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana, y todos ellos al bien común.

La dirección de la Empresa será responsable de la contribución de ésta al bien común de la economía nacional...» (F. T., VIII).

«El Estado cuidará de que las relaciones entre ellos (los elementos de la empresa) se mantengan dentro de la más estricta equidad y en una jerarquía que subordine los valores económicos a los de categoría humana, al interés de la nación y a las exigencias del bien común» (F. E., art. 25).

(44) MÓRIN, Gastón: *La revolte...* cit., págs. 113-115.

ción: «El Derecho moderno puede destruir pieza a pieza la libertad contractual sin por ello dejar de afirmar que el ideal de la democracia sigue todavía asegurando la libertad individual» (45).

3. El Orden Público económico.

a) Si, como hasta ahora hemos dicho, la socialización del Derecho, a más de implicar una toma de postura por parte del Estado ante los problemas económico-sociales, supone la acentuación del carácter imperativo de la norma jurídica y de la función controladora y rectora de la Administración, forzoso será concluir que la aparición de la nueva categoría del orden público económico no será sino la natural y lógica consecuencia del anterior fenómeno (46).

En efecto, ¿cómo podría lograr el nuevo Estado social la eficacia de su función rectora en el campo de la economía, cuando la disciplina reguladora de la actividad contractual seguía siendo la nacida bajo el imperio del liberalismo económico?

(45) RIPERT: *Le Régime...* cit., págs. 119, 253. Sobre este punto de la compatibilidad entre imperatividad en el orden económico y pervivencia del justo respeto debido a la libertad real del hombre y a su dignidad personal, cfr. SANTORO-PASSARELLI: *L'autonomia dei privati...* cit., págs. 119-120: «La libertà economica è essenziale alla persona, non meno delle altre libertà, ma appunto perciò deve estendersi, come le altre libertà, a tutti i consociati. Può essere pertanto necessaria un'azione dello Stato, che, per rendere effettiva in favore di tutti la libertà economica, incida sulla proprietà di alcuni...» (pág. 124). En el mismo sentido SAVATIER: *Du Droit civil au Droit public...* cit., págs. 66-67: «Que l'Etat établisse des règles d'ordre public limitant cette liberté des contrats... c'est ce qui ne peut être sérieusement critiqué chez lui à notre époque... Seulement une fois ce cadre établi et jalousement maintenu —car il faut que la loi soit appliquée— eh bien, à l'intérieur de ce cadre, vive la liberté; ou en d'autres termes, vive le Droit Civil!» También GIORGIANI: *Il diritto privato e i suoi...* cit., pág. 412: «E perciò sensibilmente sporato il rapporto tra libertà politica e libertà economica con la conseguenza che non sempre la diminuzione della seconda incide sulla prima.» Entre nosotros, y en la misma línea, cfr. HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones* cit., pág. 234: «Es frecuente atribuir al proceso de la socialización del Derecho el significado simplista de que rechaza los valores de la individualidad... No es tanto la individualidad lo que combate, cuanto el que ésta aparezca polarizada en la voluntad. Por eso, a nuestro juicio, no sólo es compatible, sino consustancial con la afirmación social del Derecho la preocupación por la persona en su plenitud, algo muy distinto del individuo esquematizado en la voluntad.» En sentido contrario, sin embargo, CASTRILLO SANTOS, Juan: *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*, ADC, 1949, pág. 605: «No creemos, según nuestra interpretación, que el principio de la autonomía de la voluntad contractual pueda desplazarse como tal principio, ni al ámbito del dominio del legislador, ni al ámbito del dominio del juzgador. Es colindante con el ámbito donde está la libertad metafísica del hombre... Los criterios transpersonales son, en este dominio, inadaptables.»

(46) Sobre el orden público económico, en general, cfr. RIPERT, G.: *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, en «Recueil Geny», t. II, París, 1934; BERNARD, Paul: *La notion d'ordre public administratif*, París, 1962; FARJAT, G.: *L'ordre public économique*, París, 1963; SAVATIER, R.: *L'ordre public économique*, «Chronique au Dalloz hebdomadaire», 1965. Entre nosotros puede verse algo sobre el tema en DORAL, José Antonio: *La noción de Orden Público en el Derecho Civil español*, Pamplona, 1967.

Los Códigos liberales consagraron la nulidad de los contratos contrarios a la ley y al orden público. El procedimiento técnico de la destrucción del contrato está, pues, previsto desde antiguo. Bastará tan sólo con saber emplearlo y esto es, justamente, lo que va a hacer ahora el legislador.

Cierto que el orden público a que los Códigos se refieren es —como dice Ripert— «el orden público en el sentido político de la palabra» (47). En el campo de las relaciones económicas no existía otra organización que la formada libremente por las convenciones privadas. Cuando el legislador se arriesga a limitar la libertad de contratar por razones en apariencia económicas, tales limitaciones están inspiradas más por una regla moral que por una preocupación de orden económico. «Los intercambios de riquezas o de servicios pueden ser contrarios a la moral, pero no se concibe cómo puedan oponerse al orden público, toda vez que la ley ha reconocido a los hombres la libertad de comercio» (48).

Todo va a cambiar desde el momento en que el Estado asuma; además de su función política, una función económica o, quizás más exactamente, cuando en su función política integre su función económica. A partir de entonces el orden establecido por el Estado para la producción, el cambio y la distribución de riquezas, será, ciertamente, de naturaleza económica, pero no por ello dejará de ser verdadero orden público. Además, y al lado de la organización política del Estado, existe, pues, una organización económica tan obligatoria como la primera.

La conclusión a que por esta vía se llega es obvia: Admitido que existe un orden económico impuesto por el Estado y que los particulares no pueden perturbar mediante sus convenciones, tal orden se integra en la noción más amplia del Orden Público, que a partir de este momento va a adquirir un nuevo significado y que, referida al orden económico, conservará su carácter obligatorio y producirá, en consecuencia, la nulidad de los pactos contrarios al mismo (49). El legislador ha encontrado, sin salir del Código, la solución que buscaba.

La aparición de la categoría del orden público económico, tal como hasta ahora la hemos descrito, nos permite apreciar su carácter eminentemente funcional: orden público e ineffectuación negocial son inseparables. «En el sistema clásico —dice Japiot—, de una parte, inexistencia y orden público son inseparables; de otra, la nulidad relativa no se refiere a materias de orden público, es sólo de interés privado... Desde el momento en que sea violada una norma de orden público, la ley deberá sancionar el acto infractor con todo

(47) RIPERT: *Le Régime...* cit., pág. 256.

(48) RIPERT: *Op. cit.*, 1b.

(49) RIPERT: *Le Régime...* cit., pág. 257. También el mismo autor y en el mismo sentido: *Aspects juridiques...* cit., pág. 46: «Tout change le jour ou l'économie capitaliste ne suffit plus à satisfaire les besoins... Il (le législateur) lui faut... établir un ordre économique qui, pas plus que l'ordre public, ne pourra être troublé par les conventions particuliers.»

el rigor que exige la excepcional importancia de este tipo de normas, sin que quede la sanción en suspenso o a merced de las partes» (50).

¿Qué es entonces, propiamente, una ley de orden público? «La regle d'ordre public est donc seulement une regle plus importante parce qu'elle touche à des intérêts plus importants» (51).

Hasta tal punto es cierta la dependencia instrumental de la noción de orden público respecto a la sanción impuesta por la ley a los actos contrarios a las normas que regulan intereses de especial relevancia, que, en función de esta finalidad, el mismo Japiot llegaba a distinguir dos especies distintas de orden público, radicando la distinción entre ellas en el mayor o menor rigor de la sanción impuesta según la valoración del interés violado:

«En su forma más atenuada —dice Japiot— encontramos una especie de orden público inferior o meramente prohibitivo. En este caso nos encontramos en presencia de reglas legales que no tienden de modo principal hacia un fin de orden excesivamente elevado... Distinta es la cosa cuando el que se encuentra afectado es el orden público en su sentido más elevado..., la ley se coloca aquí por encima de consideraciones de personas y de intereses particulares y egoistas... Los intereses que tiene principalmente a la vista son los intereses del cuerpo social considerado como una especie de persona moral distinta de las unidades que lo integran, y por lo mismo susceptible de tener intereses propios y distintos, sea en el terreno político, sea en el económico. Sólo cuando interviene así el orden público superior, cuando se da nulidad de orden social, es cuando propiamente puede hablarse de nulidad de orden público» (52).

La cita es larga, pero merece la pena. Demuestra claramente cómo la noción de orden público —también el económico— es una categoría amplia de la que el legislador se sirve para calibrar la sanción de los actos que atentan a los intereses que en un determinado momento se consideran prevalentes. Cuando la economía adquiere rango superior y la ley se propone velar con rigor por los intereses económico-sociales, no tiene más que extender a este dominio la clásica noción del orden público (53).

En atención, pues, a cuanto hasta ahora llevamos dicho, y comprobada la función de intervención en lo económico y de protección en lo social que en nuestra época se impone el Estado, lógico es

(50) JAPIOT, René: *Des nullités en matière d'actes juridiques*, París, 1909, páginas 300-301.

(51) JAPIOT: *Op. cit.*, pág. 304.

(52) JAPIOT: *Op. cit.*, págs. 307-312.

(53) El testimonio de ello, y por lo que a Francia se refiere, lo encontramos en la legislación de arrendamientos. El arrendamiento de inmuebles venía siendo considerado materia de libre contratación, pero bastó que tras la guerra de 1914, la escasez de viviendas hiciera de la habitación una cuestión vital, para que comenzara la intervención en la materia, considerándose de orden público la normativa al respecto y sancionándose de nulidad las cláusulas contractuales contrarias a la normativa interventora. Vide sobre este punto RIBERT: *Le Régime...* cit., pág. 182.

que la categoría del orden público económico —noción esencialmente elástica y acomodaticia— asuma hoy dimensiones de notable extensión. El orden público se contrae o se ensancha al socaire de las ideologías socio-políticas. El favor de las teorías individualistas o liberales disminuirá las nulidades de orden público, dejando al sólo individuo el cuidado de su defensa mediante una nulidad relativa esgrimible de conformidad con sus intereses. Por el contrario, el imperio de las tendencias solidaristas y la preponderancia de la idea de la reglamentación coactiva en las relaciones de clases, llevarán a erigir en un mayor número de hipótesis el interés individual en interés social y a considerar perturbado el orden público si el individuo que pertenece a la clase protegida pretende renunciar a la protección (54).

b) Nos encontramos, pues, ante una categoría que, por ser esencialmente instrumental, resulta ser de modo necesario un concepto en blanco, subjetivo, histórico y relativo que la legislación va en cada momento concretando (55).

Pero, aparte de afirmar la variabilidad de la noción del orden público —o, mejor, de su contenido— ¿podremos concretar algo más su concepto? La tarea no es fácil: «La idea del orden público económico —dice Díez Picazo— no es sino una aplicación concreta al campo del quehacer económico de la idea general del orden público. Tropieza, pues, con las mismas dificultades con que tropieza la delimitación jurídica del orden público» (56).

Para Farjat, el orden público económico sería el «conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales relativas a la organización económica, a las relaciones sociales y a la economía interna del contrato» (57).

Díez Picazo entiende con mayor amplitud el concepto: «No sólo constituyen el orden público económico las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad, sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan en cada momento histórico dado el sistema y la estructura económica de esta misma sociedad. Para nosotros, pues, el orden público económico está constituido por las reglas básicas con arreglo a las cuales en un

(54) JAPIOT: *Op. cit.*, pág. 315.

(55) Sobre la variabilidad del orden público económico, cfr. RIPERT: *La Régime...* cit., pág. 261; BERNARD: *La notion d'ordre public...* cit., pág. 39; HEMARD, Jean: *L'économie dirigée et les contrats commerciaux*, en «Le Droit privé français au milieu de XXº siècle», t. II, pág. 355; VILLAR PALASÍ, José Luis: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, RAP, 1955, número 16, pág. 41; DORAL: *La noción de orden público...* cit., págs. 58 ss.; DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 42. Al mismo dato de la variabilidad del orden público económico se refiere el Preámbulo de nuestra Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia.

(56) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...* cit., íb. Sobre la dificultad del genérico concepto de orden público, cfr. del mismo autor: *La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU*, ADC, 1965, págs. 1158 ss. Vide también ESPÍN CÁNOVAS: *Los límites de la autonomía de la voluntad...* cit., págs. 15 ss.

(57) FARJAT: *L'ordre public économique...* cit., pág. 38.

momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad» (58).

Siguiendo la definición de Díez Picazo, el orden público económico llegaría a comprender, no sólo las concretas medidas estatales obligatorias relativas a la organización económica, sino también los principios generales del Derecho actuantes en el campo económico. Como tales considera Díez Picazo, el principio de propiedad privada, el de iniciativa privada o libertad económica, el principio de conmutatividad del comercio jurídico, el de la buena fe o moralización de las relaciones económicas y el de seguridad jurídica (59).

Nada habría que oponer, en principio, a la definición de Díez Picazo; sería lo lógico que la normativa estatal sobre la organización del orden económico, no fuera sino el desarrollo coherente de las líneas maestras del ordenamiento, aplicadas al dominio de lo económico. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de comprobar, el nacimiento de la categoría del orden público económico significa tanto como la incrustación habilidosa en el ordenamiento de un elemento extraño a la inicial inspiración del mismo, en el que se introduce como dato corrector, aprovechando la vaguedad y generalidad del concepto de orden público. Consecuencia de ello será que la disciplina integrada en la nueva categoría, no sólo no tendrá en su mayor medida carácter de desarrollo de las líneas fundamentales de los cuerpos legales reguladores del tráfico patrimonial, sino que serán excepciones a las mismas que, no obstante su carácter de tales, encontrarán aplicación cada día más generalizada. Por ello, y «de facto», mal podría llamarse «orden» económico al conjunto de normas de tan diferente signo e inspiración como el que resultaría de la definición más comprensiva de Díez Picazo.

Nótese, sin embargo, que tal dificultad no se daría respecto a las normas constitucionales de contenido económico-social. Estas, siendo más cercanas a nuestros días, están ya inspiradas por el principio socializador.

c) Cuanto venimos diciendo encuentra su reflejo en las «peculiaridades» del orden público económico, en relación con el tradicional orden público. «La integración de las consideraciones económicas en el orden público —dice Bernard— no ha tenido como único efecto la extensión de esta noción, sino también la transformación de la misma en su naturaleza más íntima, hasta el punto de que se haya podido hablar de un «orden público nuevo» (60).

En efecto, mientras el orden público tradicional se fundaba en la protección de sólo un interés público general y permanente, el orden público económico protege también intereses particulares que se agotan con su ejercicio; se propone proteger sólo la situación económica y social de determinadas categorías de personas; su sanción no es ya la nulidad absoluta, sino una nulidad relativa de protección; su noción deja de ser estable y se hace singularmente varia-

(58) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...* cit., pág. 43.

(59) DÍEZ PICAZO: *Op. cit.*, págs. 43-48.

(60) BERNARD: *La notion...* cit., pág. 38.

ble al hilo de las exigencias de una política económica cambiante. Es más, el orden público tradicional se encuentra realizado desde el momento en que las condiciones naturales no son perturbadas; por el contrario, el orden público económico no existirá más que si las autoridades administrativas toman las medidas necesarias para mantener los hechos en conformidad con la legislación y con las previsiones económicas. Por otra parte —y con rasgos muy marcados— la novedad del orden público económico aparece en el hecho de que éste no cumple una función negativa y prohibitiva, solamente, sino que desarrolla, además, una función de dirección y protección en la que se va a encontrar la raíz de la peculiaridad sancionadora de sus normas (61).

En definitiva, y para concluir, el orden público económico resulta ser efecto necesario del complejo fenómeno de la socialización del Derecho, al logro de cuyos objetivos se ordena como medio. Participando en sus rasgos esenciales de la categoría genérica del Orden Público, goza, no obstante, de peculiaridades propias, por cuanto no limita su virtualidad a la simple prohibición y consiguiente sanción de nulidad, sino que impone determinados comportamientos que, de no ser cumplidos, provocarán sanciones modalizadoras de la anterior nulidad, dentro siempre de la fundamental coherencia que supone el impedir que la convención privada pueda imponerse sobre la directriz legal ordenadora y conformadora (62).

(61) Sobre las peculiaridades del orden público económico, cfr., entre otros, BERNARD: *Op. cit.*, págs. 38-39; RIPERT: *Le Régime...* cit., págs. 261-267; FARJAT: *Op. cit.*, *passim*. Hasta tal punto sobresalen dichas peculiaridades, que no han faltado en la doctrina quienes se muestren contrarios a la noción del orden público económico, como especie del genérico Orden Público, negando al primero homogeneidad y consistencia propias. Cfr. al respecto FERRI, Giovanni B.: *L'ordine pubblico economico. A proposito di una recente pubblicazione*, «Riv. Dir. Comm.», 1963 (noviembre-diciembre), págs. 468 ss.; BARCELLONA, Pietro: *Intervento Statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, págs. 223-225. En concreto BARCELLONA se expresa del siguiente modo: «Non sono riconducibili all'ordine pubblico economico quegli istituti che sono stati designati come ordine pubblico di protezione e che si caratterizzano per la tutela apprestata a taluni soggetti o gruppi di soggetti nei confronti di altri.

Viceversa debbono considerarsi principi e norme di ordine pubblico, quei principi e quelle norme che svincolano la tutela di un determinato interesse dal riferimento ad una sfera individuale e incidono direttamente sull'equilibrio strutturale dell'organismo sociale. In tal caso, anche se il contenuto della disciplina attiene all'attività económica, il ricorso al termine «económico» non serve a qualificare il fenomeno più di quanto il riferimento alla famiglia o all'assetto politico valga a caratterizzare l'ordine pubblico familiare, político ecc.» Por ello, para BARCELLONA «non pare esatto parlare dell'ordine pubblico económico come di una especie del più generale ordine pubblico. I fenomeni che si intendono comprendere sotto tale etichetta, infantil, o rientrano nell'ordine pubblico senza bisogno di altra qualificazione, ovvero costituiscono ipotesi particolari di quella disciplina legale del rapporto económico che si è venuta enucleando» (pág. 224).

(62) Sobre la modalización del régimen sancionador, por obra del orden público económico, mediante la sustitución de la nulidad total por una nulidad parcial de protección, cfr. SIMLER, Philippe: *La nullité partielle des actes juridiques*, París, 1969, págs. 399 ss.

d) ¿Ha encontrado acogida en nuestro Ordenamiento la nueva categoría del orden público económico? El artículo 1.255 de nuestro Código Civil señala también como límites a la libertad de pactos lo dispuesto en la ley, la moral y el orden público. «La fórmula ha sido y es lo suficientemente aceptable para que pueda seguir vigente sin que se haya postulado como conveniente una próxima modificación del precepto... A la misión del intérprete queda concretar a la vista de los casos litigiosos, cuándo las leyes, la moral o el orden público establecen restricciones a la autonomía de los contratantes» (63).

Pues bien, ha sido el mismo legislador quien ante el prioritario rango que en los últimos tiempos adquieren las relaciones socio-económicas, ha adscrito al orden público el recto encauzamiento de las mismas relaciones, dando así lugar al nacimiento legal del específico orden público económico.

Ya, para el artículo 2, b), de la Ley de 30 de julio de 1959, la alteración de los precios con prevalimiento abusivo de las circunstancias se considera atentatorio contra el orden público. Posteriormente, la Ley de 20 de julio de 1963, sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia, va a consagrarse incluso literalmente la nueva categoría del orden público económico: Puesto que la noción de orden público «es por su propia naturaleza un concepto en blanco» que la legislación va en cada momento concretando —dice el Preámbulo de la Ley— el legislador va a acogerse a aquella expresión, «cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo», integrando en ella el nuevo orden público económico.

Antes incluso de las dos normas citadas, la Ley de 27 de abril de 1946, ley que subsume en el tipo penal de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas la percepción de primas por arriendo o subarriendo de viviendas, había ya destacado en su Preámbulo que «ante el auge y gravedad adquiridos por tan reproables especulaciones, que afectan ya al orden público y obstaculizan la formación de hogares, el Gobierno, fiel a su conducta de proteger la vivienda como objeto de primera necesidad, no vacila en dar a la Jurisdicción Ordinaria el medio que permita perseguir y castigar a quienquiera que la provoque...» Evidentemente este orden público no es ya el que aparece mencionado en el artículo 1.255 del Código Civil, al menos según la mente de sus redactores.

También la Jurisprudencia viene admitiendo la nueva versión del orden público. En su interpretación del concepto, el clásico límite del artículo 1.255 se amplía en su contenido y adquiere una nueva fisonomía (64).

(63) SANTOS BRIZ, J.: *La contratación privada*, Madrid, 1966, pág. 56.

(64) Hay que advertir, no obstante, que son las Sentencias de lo Contencioso-administrativo las que más sensibles se han manifestado respecto a la nueva versión del orden público. Las muestras que siguen son todas de la Sala IV del Tribunal Supremo. Sic: S. de 1 de diciembre de 1971: «...y menos aún puede atribuirse a las normas civiles efectos derogatorios de los manda-

4. El reflejo de las nuevas tendencias en la disciplina contractual.

a) La socialización del Derecho y la intervención del Estado en el mundo de la economía han sido fenómenos gradualmente crecientes, tanto en su extensión como en su intensidad.

Las explotaciones industriales y comerciales, por su propia naturaleza y entidad, pueden fácilmente comprometer la seguridad, salubridad y tranquilidad públicas. En Francia, desde 1800, juzgó útil el legislador clasificar y someter a autorización las que pudieran representar un mayor peligro en este sentido (65). Desde entonces hasta nuestros días, la más intensa participación del Estado en la conformación del orden social se echó de ver en el aumento del número de actos y negocios jurídicos necesitados de autorización (66).

Pero la técnica de la autorización, con ser ya un primer medio de control de la actividad económica privada, no será suficiente: «Junto a la mera autorización se introdujo también la intervención conformadora del Estado en el campo del Derecho Privado» (67).

En efecto, la dirección de la economía requiere medidas de mayor intensidad. Ni la necesidad de autorización es suficiente, ni bastan las limitaciones. La ley deberá imponer restricciones como medio para el establecimiento de un orden construido por ella misma. Lo que anteriormente se hacía bajo el signo de la libertad, deberá hacerse en adelante mediante una ordenación preestablecida. Prohibir no bastará; será necesario además prescribir ciertos y determinados actos. Es más, si se quiere llegar a resultados útiles, la acción de la autoridad deberá ser general y prolongada, y ello implica la elaboración de un *«Plan»*. La planificación va a aparecer entonces como la última fórmula, y quizá la fórmula necesaria, del dirigismo (68).

b) ¿Cómo influyen estos hechos en la disciplina contractual? Sin necesidad aun de distinguir entre las distintas formas y técnicas de dirección de la economía, es claro que el mero hecho de su existencia ha venido a producir la tan aireada «crisis del contrato».

tos de interés y orden público que se contienen en los preceptos administrativos que velan por la adecuada dirección de los servicios vitales para la habitabilidad de las viviendas arrendadas»; S. de 29 de septiembre de 1972: «Es de señalar que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, de contener pactos o cláusulas que afectaran a las condiciones de habitabilidad y salubridad de la vivienda, se incurriría en la expresión que el calendado precepto establece al disponer que «siempre que tales pactos, cláusulas y condiciones no sean contrarios a las leyes, la moral ni el orden público» y, dado que la existencia de viviendas sin las debidas condiciones de sanidad y salubridad afecta al orden público, es notorio que carecería de eficacia a los efectos que aquí se ventilan.» La elevación de precios en las salas de proyección cinematográfica se considera también contra el orden público, por el cauce del artículo 2, b), de la Ley de 30 de julio de 1959. SS. de 1 de febrero de 1969 y 13 de marzo de 1970.

(65) RIPERT: *Aspects juridiques...* cit., pág. 220.

(66) FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo* cit., pág. 104.

(67) FORSTHOFF: *Op. cit.*, pág. 105.

(68) RIPERT: *Aspects juridiques...* cit., pág. 221.

«Asistimos a la decadencia de la soberanía del contrato —ha dicho Ripert (69)—, decadencia que se acentúa rápidamente en el momento presente.» Por su parte, Savatier ha dedicado abundantes y lúminosas páginas al fenómeno, por él bautizado, de «l'eclatement» del contrato (70).

La crisis del contrato no es sino el reflejo de la crisis del dogma de la autonomía de la voluntad. Cuando el legislador limita la autonomía contractual e interviene en la relación «inter privatos», defiende, en el fondo, la base fundamentadora de la fuerza del contrato y lleva a su perfeccionado acabamiento la obra del Código Civil (71).

Por ello cabe concluir que lo que está en crisis no es la idea del contrato ni su más profunda base, sino «la figura contractual tradicional, la que vive en el seno de nuestro vigente Código Civil; ésta es la que ha sufrido una desfiguración tal en su fisonomía, que sería hoy imposible reconocer en ella la que fue antiguo vehículo del principio de la autonomía de la voluntad» (72).

A impulsos de las corrientes económica y social se desvanece la figura del contrato que el Código Civil creía haber tallado en mármol, dando paso a un nuevo tipo contractual, marcado por el signo colectivo, internacional, científico y —sobre todo, y por lo que hace al objeto de nuestro estudio— estatal (73).

c) Tal evolución se produce, principalmente, mediante la disminución del protagonismo de la voluntad privada en la formación y efectos del contrato: «Hoy asistimos —ha dicho Savatier— a la construcción del contrato por la ley. La voluntad de las partes es sustituida por la de la ley» (74). Fijémonos, pues —aunque de modo necesariamente incompleto y fragmentario (75)—, en algunas mani-

(69) RIPERT: *Le Régime...* cit., pág. 252.

(70) SAVATIER: *Les métamorphoses...* cit., págs. 19-105; *Du Droit civil au Droit public...* cit., págs. 53-69. Sobre el tema, cfr., en la doctrina extranjera: JOSSEURAND: *La publication du contrat*, en «Rec. d'études en l'honneur d'Ed. Lambert», París, 1938, pág. 157; ESMEIN: *L'intervention de l'Etat dans le contrat*, en «Travaux de l'Association H. Capitant pour la culture juridique française», I, París, 1946. Más recientes: ROMANO: *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milán, 1960; KOLLMAR: *Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*, Tübingen, 1961. Entre nosotros podrían citarse: ROYO MARTÍNEZ: *La transformación del concepto del contrato...* cit.; PÉREZ SERRANO: *El nuevo sentido del contrato*, RDP, 1943, págs. 477 ss.

(71) RIPERT: *Le Régime...* cit., pág. 253.

(72) MARÍN PÉREZ, Pascual: *Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales*, Barcelona, 1959, pág. 602.

(73) SAVATIER: *Les métamorphoses...* cit., págs., sobre todo, 38-56.

(74) SAVATIER: *Op. cit.*, pág. 61. El autor, en las págs. 59-60, expone la técnica de sustitución de la voluntad privada por la ley, en relación, primero, con la libertad de contratar; con la formación del contenido del contrato en segundo lugar y, finalmente, mediante la conversión en contrato de meras situaciones de hecho, que las partes no quisieron como tal contrato.

(75) Cfr. para una buena exposición de la nueva fisonomía del contrato y de la traducción jurídica de los fenómenos económicos y sociales, antes referidos: MESSINEO: *Il contratto in genere* cit., págs. 34 ss.

festaciones de esta sustitución de la libre voluntad contractual por el contenido legal imperativo.

Para ello —prescindiendo de otras acepciones del término «libertad contractual» (76)— vamos a partir de la distinción entre libertad contractual y libertad de contratar. Por la primera, como es bien sabido, se entiende aquella libertad de que goza el sujeto en orden a la fijación del contenido del contrato; la segunda se refiere al hecho mismo de contratar o de abstenerse de hacerlo (77). De entrada, no obstante, podemos afirmar que el aumento de los nuevos límites es tan notable en ambos campos, que Messineo llega a preguntarse si la libertad constituirá en un futuro próximo la regla en materia de contratación, o si, por el contrario, será la excepción (78).

1') En relación con la libertad contractual es donde encuentra su sede el fenómeno de la inserción automática de cláusulas legales imperativas en el contenido del contrato, con independencia de la voluntad reguladora de las partes. Tal ocurre —por citar sólo el caso objeto de nuestro estudio— en materia de precios de imperio. Se trata de un reflejo legal de la llamada economía controlada, pre-dispuesto para la tutela del consumidor en la mayoría de los casos (79).

La protección del llamado «contratante débil» será también nueva causa de limitación de la libertad de fijación del contenido del contrato. Se trata de evitar que uno de los contratantes quede a merced de la prepotencia económica de su contraparte (80).

(76) Cfr. MESSINEO: Voz «Contratto», en la *Enciclopedia del Diritto* cit., página 803.

(77) Nótese, sin embargo, que la anterior distinción no es unánimemente admitida. Al respecto se pronuncia BARCELLONA en los siguientes términos: «La cennata sistemazione e classificazione anche se non priva di attendibilità sul piano tecnico legislativo, non ha mancato tuttavia di suscitare riserve e perplessità...» (pág. 140). Sarebbe un non senso imporre l'obbligo legale di contrarre e lasciare poi libero il produttore di richiedere qualsiasi corrispettivo per l'adempimento della propria prestazione; si finirebbe, infatti, col rendere frustraneo lo stesso obbligo di contrarre a causa della impossibilità di fatto, in cui si verrebbe quasi sempre a trovare il contraente più debole di addivenire alle richieste eccessive dell'altro soggetto» (pág. 142). En la pág. 143 —como las anteriores, de la obra ya citada *Intervento statale...*— pasa ya el autor a deducir consecuencias de la «constatazione che l'obbligo legale a contrarre non può non accompagnarsi alla preventiva determinazione del contenuto del regolamento del rapporto negoziale».

(78) MESSINEO: *Op. ult. cit.*, pág. 802.

(79) Tal reflejo encontramos, a nuestro parecer, en nuestro ordenamiento en el artículo 31 de la Orden del Ministerio de Comercio de 24 de octubre de 1966, así como en los Decretos de 18 de febrero de 1960, artículos 1 y 5; 24 de julio de 1963, artículos 29 y 36, y 24 de julio de 1968, artículos 112, 153, 1), y 155, Decretos, éstos, relativos a Viviendas Protegidas. Estos preceptos prohíben la percepción de precio superior al normativamente fijado e imponen al infractor la obligación de reintegrar al perjudicado el sobreprecio, sin perjuicio de la continuada vigencia del contrato. Esta técnica será objeto de estudio en la tercera parte del trabajo.

(80) Sic, entre nosotros: Ley de 30 de septiembre de 1940 (preámbulo): «La persistencia en muchas provincias de abusos en la venta de artículos de primera necesidad sujetos al régimen de tasas, y el aumento de las especulaciones en esta materia con daño grave para el abastecimiento de las poblacio-

Nuevas restricciones encontrarán su causa en el carácter cambiante de las circunstancias económicas. En una situación que cambia sin cesar, el contrato podría significar un intento de estabilización de situaciones concretas. El legislador no podría tolerar que las medidas correctoras que la coyuntura económica demande en un determinado momento vayan a ser esquivadas mediante el recurso a un contrato hábilmente previsor. Para evitarlo dispondrá que la medida legal modificadora se inserte, sin necesidad de colaboración por parte de los contratantes, en la regulación de la relación contractual.

En estos casos, y en otros semejantes que pudieran citarse, se va a operar una nueva especie de ineficacia a consecuencia de la infracción de la disciplina legal imperativa. La nulidad total de estos contratos produciría deplorables efectos y no llegaría a ser medio eficaz de cumplimiento de la finalidad de la ley. El carácter tuitivo de sus disposiciones exige que, ante el hecho de la infracción, sólo la cláusula infractora pierda su fuerza, manteniéndose el contrato válido en su totalidad, una vez sustituida por la previsión legal, la que «contra legem» dispusieron las partes. Entra así en juego el principio de conservación del negocio, si bien con apoyo no en la voluntad de las partes, sino en la de la ley, con lo cual su adecuado encuadramiento deja de ser el de la interpretación negocial, pasando al de las técnicas legales de mantenimiento del contrato.

Es pues de destacar cómo en los casos anteriores el Estado no se contenta con limitar la voluntad privada, acotando el campo dejado al libre juego de la misma, sino que, yendo más allá, va a determinar comportamientos forzados, pretendidos como resultado, en contra incluso de la voluntad privada, produciéndose de este modo la intervención estatal de carácter sustitutivo.

Barcellona ha distinguido perfectamente entre ambas formas de actuación estatal: «Mientras en el mero límite se pretende reducir la elasticidad de los poderes de la autonomía contractual de todos los sujetos indistintamente, en el caso de la intervención sustitutiva se tiende a crear directamente una situación de ventaja, normalmente accionable, a favor de un sujeto o de una determinada categoría de sujetos en sus relaciones con otro sujeto o categoría de ellos. En el primer caso, incluso cuando el límite haya sido impuesto para la tutela de intereses específicos de sujetos determinados, el instrumento empleado se resuelve en la negación de efectos del acto infractor, sin dar lugar al nacimiento de pretensiones en favor

nes y los hogares humildes españoles, exigen medidas de rigor, que corten de una vez estas criminales maniobras»; Ley de 16 de octubre de 1941 (preámbulo): «En estas condiciones todo enriquecimiento del ramo productor se efectúa a expensas del resto de los españoles, produciendo como resultado un estado de miseria y depauperación de las clases menos dotadas.» S. de 10 de diciembre de 1969 (Criminal): «El acusado fenómeno de la escasez de viviendas ha motivado un sistema protecciónista cargado de interés social en evitación de especulaciones sobre la estabilidad económica de los precios de alquiler que repercuten en el arrendatario como parte más débil de la relación jurídica de inquilinato.»

de uno y en sus relaciones con los otros. En el segundo caso, en cambio, la disposición normativa crea directa e inmediatamente una situación subjetiva activa, contrapuesta a otra situación subjetiva pasiva.

El límite presupone —sigue Barcellona—, como previa, una manifestación de la autonomía negocial (en la que incide y actúa), mientras que en la hipótesis de la intervención sustitutiva se prescinde de todo acto negocial, operando la norma directamente sobre la relación entre los sujetos... En el primer caso el legislador no resuelve un conflicto actual, sino que regula exclusivamente el modo en que las partes llegarán a la sucesiva composición de sus respectivos intereses (dejando a las mismas en el margen restante la posibilidad de escoger el criterio de valoración más conveniente); en la segunda hipótesis, por el contrario, el legislador prevé y compone directamente el conflicto de intereses en base a una determinada medida de valoración» (81).

En todos estos casos, pues, creada la relación contractual por las partes, el Estado va a interferir en ella disponiendo para la misma una regulación coactiva de carácter sustitutivo. Creemos que es ésta la más clara manifestación de la sustitución de la voluntad privada por la legal, en lo que a la libertad contractual se refiere.

2) Si a continuación pasamos a examinar la llamada libertad de contratar, comprobaremos cómo también en este campo proliferan hoy los reflejos de una disciplina de signo imperativo.

En efecto, junto a las figuras ya vistas y que la doctrina denomina con las expresiones de «contratos regulados o dictados», aparece la del «contrato forzoso» (82). Si aquéllas hacían referencia, «más que a la imposición del contrato, a la determinación imperativa de su contenido, ésta englobará aquellos supuestos en que el contrato ha sido impuesto a los contratantes» (83).

El contrato forzoso va a producir un curioso fenómeno de disociación entre la relación contractual y el acto de su constitución; será así posible la existencia de relaciones contractuales sin contrato previo, generador de la misma. La constitución de la relación se denomina entonces «heterónoma», ya que procede de una voluntad distinta a la de las futuras partes. El Estado, mirando por el bien de la comunidad, puede imponerse a la autonomía de los individuos mediante la creación de una relación «inter privatos» heterónoma, a la que el Derecho reconoce también eficacia vinculante. El acto, pues, de constitución forzosa se define como «el acto del Estado que crea e impone entre dos sujetos privados una relación de carácter privado» (84).

(81) BARCELONA: *Op. cit.*, págs. 53-55 y 196-199.

(82) Sobre estas nuevas modalidades del contrato vid.: NIPPERDEV: *Kontrahierungszwang und Diktierter Vertrag*, 1920; JOSSERAND: *Considerazioni sul contratto «regolato»*, en «Arch. Giur.», 1934, págs. 1 ss.; ROUASI: *Le contrat dirigé*, en «Melanges juridiques dédiés a Sugiyana», Tokio, 1940, págs. 317 ss.

(83) DÍEZ PICAZO: *Los llamados contratos forzados*, en ADC, 1956, pág. 87.

(84) DÍEZ PICAZO: *Op. ult. cit.*, págs. 104-106. En cuanto a la clasificación y características de los actos de constitución, vid. págs. 107-108.

d) Los fenómenos hasta ahora reseñados suponen todos una notable perturbación de la disciplina contractual. En efecto, en su concepción más clásica, el contrato, como más característica especie del negocio jurídico, encontraba su razón de ser en su propia eficacia, consistente en ser «una situación que el Derecho valora como originada y regulada por la voluntad que, como particulares, declaran dos o más personas, y especialmente conforme con el resultado que con ella se busca o se va a conseguir» (85). Lo establecido por la declaración de voluntad es lo que servirá para medir la conducta posterior de las partes.

Pues bien, dicha declaración se va a mover en el esquema clásico dentro de un muy genérico marco de normas legales imperativas, y será integrada en sus lagunas por el conjunto de normas dispositivas. Así, pues, la ley imperativa, las reglas derivadas de la autonomía privada, y las normas jurídicas de carácter supletorio, serán, por el orden indicado, las fuentes de regulación de la disciplina contractual (86).

La concepción social del Derecho y del contrato va a subvertir en cierto sentido el anterior orden de fuentes. La protección imperativa de determinados intereses «va a traducir en términos de dirigismo contractual el dirigismo económico» (87), haciendo ello que la disciplina imperativa se incruste parcialmente en el contenido del contrato en sustitución de la voluntad privada en contrario. La integración del contrato no se llevará ya a efecto sólo en los casos de regulación convencional lagunosa y sobre la base de las disposiciones legales dispositivas; podrá también hablarse ahora de una integración coactiva (88) de carácter sustitutivo.

Todo ello produce, además, el aumento de la complejidad de la regla negocial. La regla negocial en sentido estricto (89) va a venir cada vez más limitada por la regla heterónoma. El contenido material del negocio, aquel que recoge el real y práctico interés de las partes, venía en la concepción tradicional del contrato regulado por la regla negocial en sentido estricto: por la voluntad privada. Ahora, por el contrario, cuando la relación afecta intereses sociales, vendrá regulado, por lo general y en su mayor parte, por la ley imperativa en el más alto grado de su eficacia: la ley imperativa-sustitutiva, produciéndose como necesaria consecuencia de todo ello la disminución casi total del protagonismo de la voluntad, tanto en el nacimiento de las obligaciones, como en su integración e interpretación (90). El contrato, más que fuente de regulación autónoma,

(85) DE CASTRO: *El Negocio Jurídico*, págs. 34-35.

(86) Cfr. DE CASTRO: *El Negocio Jurídico* cit., págs. 54-55; *Derecho Civil de España*, t. I, Madrid, 1949, págs. 339-349; DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 233; el mismo: *La autonomía privada...* cit., pág. 1162.

(87) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, ib.

(88) LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*, ed esp., Madrid, 1958, págs. 122-123; DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...* cit., págs. 259-260.

(89) Cfr. sobre este punto DE CASTRO: *El Negocio Jurídico* cit., pág. 55.

(90) Sobre el carácter social de la integración e interpretación del contrato, cfr. MESSINEO: Voz «Contratto» cit., pág. 936.

pasará a ser mera ocasión de aplicabilidad de una composición heterónoma de intereses.

La manifestación más clara de cuanto venimos diciendo se produce cuando se trata de determinar la fuente de las obligaciones que hoy discurren por el forzado cauce de la relación contractual. Parafraseando a Hernández Gil, podemos hoy comprobar cómo la relación contractual —cuando nos encontramos ante contratos con fuerte dosis de intervención estatal— discurre más por la técnica propia de las «consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones y nacidas de la ley», que por la clásica técnica de «las relaciones obligatorias nacidas de la voluntad con la cooperación de las normas generales reconocedoras de su eficacia».

El contrato no es ya —insistimos: en la materia intervenida— el resultado de una acción voluntaria que la ley sanciona y cuyos efectos reconoce, sino el resultado que el Ordenamiento preconfigura y que sólo depende de la voluntad humana en la medida en que su producción requiere una conducta por la que las partes se sitúen en la esfera de previsión de la norma (91).

Preponderancia, pues, del interés colectivo y comunitario sobre el exclusivamente individual, y prevalencia del contenido legal imperativo —aumentado y con nuevos efectos— sobre el voluntario, en función de aquel interés, son, en fin, los rasgos más sobresalientes en la actual disciplina de la relación contractual y la raíz de las innovaciones técnicas más destacadas producidas en la figura del contrato (92).

II. EL CONTRATO CON PRECIO ILEGAL ANTE LA JURISPRUDENCIA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. El Tribunal Supremo no ha mantenido en relación con el tema que estudiamos, un criterio constante ni uniforme. Mientras en algunas ocasiones ha considerado nulo el contrato con precio

(91) HENÁNDEZ GIL, Antonio: *Derecho de Obligaciones* cit., pág., especialmente, 255.

(92) En el trabajo, ya varias veces citado, de Royo MARTÍNEZ puede verse una buena exposición de la nueva fisonomía del contrato. Muestra expresiva en el mismo sentido es la S. de 26 de octubre de 1965 (Sala IV): «La cuestión a dilucidar es la de la eficacia de las alegaciones del actor..., reducidas en síntesis a las siguientes: a) Que el recurrente no exigió el interés de que se ha hecho mención, sino que ello se acordó en una estipulación contenida en los contratos respectivos, aceptada por los adquirentes de los mismos pisos; pero este Tribunal ha declarado en diversas sentencias —entre ellas la de 27 de septiembre último— que la relación promotor-vendedor de las viviendas del tipo de que se trata y los compradores de éstas es una relación contractual intervenida o reglamentada por el Estado, en razón del problema social a cuya solución tiende la construcción de tales viviendas, y por ello a la indicada relación no pueden aplicárseles las normas generales de autonomía individual propias de la contratación civil o mercantil ordinarias...»

ilegal, imponiendo en consecuencia la devolución de las mutuas prestaciones, en otros casos ha restringido las consecuencias de la infracción de la norma interventora al campo de lo administrativo, declarando válido el contrato desde el punto de vista civil. Ni han faltado Sentencias que, declarando la nulidad del contrato, hayan negado a las partes el derecho de repetición, sobre la base de una supuesta concurrencia de culpas.

Vamos, pues, a examinar la doctrina del Tribunal Supremo distinguiendo en ella, en función de la anterior triple línea de solución, tres épocas distintas.

2. *Primera época.*

a) Sentencias.

Comprendemos en ella dos Sentencias. La primera, de 17 de abril de 1947; la segunda, de 17 de mayo de 1949 (93).

En la primera se trataba de la compraventa a precio abusivo de una partida de bórax. Conocida la operación por la Fiscalía de Tasas, comprador y vendedor fueron sancionados con las correspondientes multas. En la resolución de la Fiscalía se disponía, además —éste fue el factor desencadenante del pleito—, «que la pérdida que la incautación supone, deberá recaer sobre la entidad vendedora». Esta entidad, dando cumplimiento a lo dispuesto por la Fiscalía, consignó la cantidad exigida, con reserva de utilizar las acciones procedentes.

En efecto, ante el Juzgado de Primera Instancia y en demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, suplicó «se dictara sentencia por la que se declarase que la pérdida de las treinta toneladas de bórax incautadas por la Fiscalía de Tasas, ha de soportarla la entidad demandada (compradora)».

La sociedad demandada opuso excepción de incompetencia que, en Sentencia de 7 de agosto de 1943, estimó el Juez de Primera Instancia.

Apelada la Sentencia, fue revocada por la Audiencia Territorial, e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

En el segundo caso (Sentencia de 17 de mayo de 1949), la materia objeto del contrato infractor eran dos camiones «Henschel». También aquí intervino la Fiscalía de Tasas, disponiendo —además de la imposición de las correspondientes sanciones— la incautación de los camiones en perjuicio del vendedor.

Demandaba en el pleito el comprador, quien suplicó «sentencia

(93) Respecto a la cita y comprobación de esta Sentencia pueden suscitarse problemas debidos a que en el «Aranzadi» aparece reseñada con fecha 27 de mayo. Ello ha hecho que se la cite generalmente con esta última fecha, tanto en posterior jurisprudencia como en la doctrina (sic e. c., SANTOS BRIZ: *Op. cit.*, página 243). En la «Colección Legislativa», no obstante, se la registra con fecha 17 de mayo, fecha que aparece conforme con la consignada en el encabezamiento y pie de la Sentencia.

declaratoria de que como consecuencia de la resolución, hoy firme, dictada por el Excmo. Sr. Fiscal superior de Tasas... y de la incautación de los camiones..., acordada en perjuicio del vendedor, es éste en deber a aquélla (compradora) 320.000 pesetas, precio efectivo pagado por aquellos camiones....».

El vendedor suplicó sentencia absolutoria de la demanda o, en forma subsidiaria y alternativa, que se declarase que la cantidad que ha de abonar es la de 140.000 pesetas (diferencia entre el precio legal y el efectivamente recibido).

El Juez de Primera Instancia dictó Sentencia dando lugar a la demanda y condenando al demandado al pago de la cantidad de 320.000 pesetas, sentencia que, en apelación, fue confirmada en todas sus partes por la Audiencia Territorial.

Interpuesto recurso de casación por la representación del demandado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

b) Comentario.

En los dos casos presentados al Tribunal Supremo la cuestión fundamental, objeto del litigio, brota del acuerdo adoptado por la Fiscalía de Tasas, al imponer ésta en sus resoluciones que la incautación a efectuar deberá producirse «en perjuicio del vendedor».

En ambos casos, la Fiscalía, no obstante haber apreciado culpabilidad tanto en el vendedor como en el comprador —lo que se demuestra por la imposición de sanciones a uno y otro—, estima que es mayor la del vendedor, y dispone que la incautación ceda en perjuicio de éste.

En ambos casos, también, el Tribunal Supremo admite este resultado final, aun cuando utilizando para llegar al mismo distinto procedimiento: En la Sentencia del 47 —era demandante en el pleito el vendedor perjudicado— dejando las cosas en el estado en que se encontraban, al abstenerse de conocer sobre el fondo, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el demandado, favorecido en este caso por la resolución de la Fiscalía (94). En la del 49 —en este pleito era demandante el comprador

(94) Cdo.: «Que la Fiscalía Superior de Tasas, en resolución recurrible..., sancionó de la manera que estimó justa la infracción de las disposiciones especiales represivas de abusos en materia de abastecimientos, estimando, como expresamente dice, que las sanciones que le habían sido propuestas guardaban la debida proporción con la naturaleza y volumen de la infracción, grado de malicia revelado, capacidad económica de los infractores y su respectiva participación en los hechos, sin resolver ninguna clase de derechos civiles entre las entidades sancionadas, antes bien, obrando dentro de la función punitiva que la ley le concede en servicio del interés general, función que necesariamente incluye la facultad de determinar a quién se imponen las sanciones o sobre quién han de recaer y en qué grado y medida, pues sin ello no podrían alcanzar dichas sanciones su natural efecto penal y represivo en relación concreta y justa con la culpabilidad que en cada infractor se aprecie..., y es evidente que esa justa medida sólo puede apreciarla dicha jurisdicción especial.»

Cdo.: «Que la disposición aclaratoria dictada por la Fiscalía Superior de Tasas el 12 de julio de 1942 contiene una reserva en términos generales que

favorecido— reconociendo el derecho del comprador al reintegro del precio entregado, si bien fundando éste directamente en la ley civil, y no en la resolución de la Fiscalía (95).

El resultado final es, pues, el mismo en los dos casos: reintegro al comprador del precio previamente pagado por el objeto de comercio intervenido e incautado por la Fiscalía «en perjuicio del vendedor», resultado que se explicaría por la mayor culpabilidad del vendedor en la operación ilícita, ya que ésta, al consistir en una abusiva elevación del precio sobre el límite de la tasa, a él —vendedor— particularmente favorece.

Pero todo ello supuesto, es lo cierto que a una tal solución no se llega sin problemas. En efecto, las resoluciones de la Fiscalía de Tasas los plantean, y en un doble orden: de ámbitos jurisdiccionales, el primero; y de fondo, el segundo.

¿Es competente la Fiscalía de Tasas para determinar los efectos civiles del contrato? Y si se responde afirmativamente —como en realidad hace el Tribunal Supremo en la primera Sentencia— por estimar que sin tal determinación es imposible que aquélla cumpla la función punitiva que en servicio del interés general le atribuye la ley, ¿cómo y en qué medida condiciona esta determinación un posible y posterior pronunciamiento sobre el caso —el

textualmente dice: «sin perjuicio de que si esta última (refiriéndose, sin duda, a la entidad vendedora) estimase que las relaciones de carácter civil no la obligaban a ello, pueda ejercitarse sus acciones ante la Jurisdicción que corresponda»; pero esa reserva, cualquiera que sea el sentido que se dé a sus palabras, no puede tener valor decisivo en una cuestión de competencia por razón de la materia, que los Tribunales han de examinar por sí mismos, con arreglo al artículo 74 de la Ley Procesal; ni puede atribuirse a este Tribunal facultad de revisar una resolución dictada por Jurisdicción distinta en uso de sus atribuciones, aparte de que a tal reserva, realmente superflua, sólo puede darse un sentido hipotético, que no establece ni define derechos, ni resuelve cuestiones, por lo que... ha de tenerse por inoperante a los efectos pretendidos por el actor.»

Cdo.: «Que en mérito de lo expuesto, propuesta en la demanda y discutida en el pleito materia ajena a la Jurisdicción Ordinaria, como regulada por la Ley de 30 de septiembre de 1940, de índole especial y que atribuye a la Fiscalía Superior de Tasas, por la misma creada, el cumplimiento de las disposiciones que establece, es visto que al desestimar la sentencia recurrida la excepción de incompetencia de Jurisdicción, decidió el asunto litigioso excediéndose en el ejercicio de su jurisdicción e incidiendo así en la causa de casación por infracción de ley..., acusada en el primero de los motivos del recurso, al que por el mismo ha de darse lugar, sin que sea pertinente el examen de los demás motivos propuestos por la recurrente.»

(95) Cdo.: «Que la obligación de devolver el precio recibido nace de la ley, que al disponer la nulidad del contrato, como contrario a ella, impone la devolución de lo recibido por razón del mismo, puesto que de otro modo, y toda vez que nulo es lo que carece de eficacia para producir un efecto, si se estima que el vendedor podía legalmente quedarse con lo entregado como precio, resultaría que la ley disponía, con evidente contradicción, que el acto prohibido no produjese ningún efecto y al mismo tiempo produjese el muy importante indicado de quedarse el vendedor con lo recibido...»

Cdo.: «Que ni la resolución de la Fiscalía de Tasas tiene autoridad de cosa juzgada en el orden civil, fuera de la materia propia de su jurisdicción, ni la obligación de devolver el precio nace de dicha resolución, sino de la ley, como acaba de indicarse...»

que se da en la segunda sentencia—en vía civil y ante la Jurisdicción Ordinaria? ¿No cabría haber hecho en la primera Sentencia la delimitación de ámbitos, funciones y jurisdicciones que se hace en los Considerandos de la segunda y que, de hecho, hizo en el primer caso el Tribunal de Instancia en la Sentencia recurrida y cassada?

En el primer caso el Tribunal Supremo se declara vinculado por una resolución «recurrible, que pudo ser recurrida», pero que la Fiscalía adoptó en esfera de su competencia, sancionando «de la manera que estimó justa» a una de las partes, sin entrar por ello el Alto Tribunal a conocer del fondo de un litigio cuya solución en justicia da la impresión de parecerle espinosa. En el segundo caso, por el contrario, no tiene inconveniente en manifestar que lo sometido a su conocimiento son los efectos de un contrato radicalmente nulo, cuya nulidad es, en consecuencia, apreciable de oficio, y que al imponer al vendedor la obligación de reintegrar el precio recibido, no da ejecución a lo dispuesto por la Fiscalía —aun cuando éste fue el «petitum» en la demanda— sino que impone el cumplimiento de una obligación nacida directamente de la ley que sanciona con la nulidad el contrato infractor.

Esta dualidad de posturas y soluciones lleva al Tribunal Supremo a entender de modo distinto en cada caso el fundamental inciso de la resolución de la Fiscalía de Tasas, al dictaminar que la incautación ceda «en perjuicio» del vendedor. Para la Sentencia del 47 tal inciso significa que, en fuerza del mismo, el vendedor quedará obligado a reintegrar al comprador el precio recibido (96); para la del 49, las mismas palabras significan cosa distinta (97).

Pero —y ahora entramos en el problema de fondo—, nada sería criticable en estas diferencias de criterio, si ellas se instrumentalizaran en función de un resultado equitativo. Pero, ¿se llega a tal resultado en las Sentencias estudiadas? Creemos que no.

En el fondo de la cuestión suscitada y resuelta en sentido sustancialmente idéntico, aun cuando por caminos técnicos diversos, late siempre el problema de la desigual condena impuesta a las partes y determinada por la incautación de sólo una de las prestaciones objeto del contrato. Supuesta esta incautación, o se la hace

(96) Cdo.: «Que la cuestión debatida en estos autos tiene su origen en resoluciones dictadas por la Fiscalía Superior de Tasas, que... impuso a la sociedad demandante..., y a la demandada..., determinadas sanciones, como vendedora la primera y compradora la segunda de treinta toneladas de bórax a precio abusivo, y entre ellas la incautación de la mercancía, disponiendo que la perdida que tal incautación supone debería recaer, en definitiva, sobre la entidad vendedora, la que habría de reintegrar a la compradora el precio recibido...»

(97) Cdo.: «Que dada la nulidad absoluta del contrato, no pudo producir efecto alguno, ni en la intentada transmisión de la propiedad de los camiones, mediante su compraventa y entrega, y, en consecuencia, seguían siendo de la propiedad de, supuesto vendedor cuando fueron incautados, y tal es el único significado que puede atribuirse a la expresión de la resolución del Fiscal Superior de Tasas de hacerse la incautación «en perjuicio» de dicho vendedor, declaración que, claro es, no crea obligación ni derecho alguno de carácter civil, pero en la que se aprecia la falta de eficacia del contrato y entrega de los camiones para transmitir su propiedad.»

recaer —como hacen la Fiscalía y el Tribunal Supremo— sobre el vendedor, con lo que éste pierde el objeto entregado y el precio recibido mientras el comprador conserva este último; o se la hace recaer sobre el comprador, con lo que éste pierde el objeto recibido más el precio pagado, mientras el vendedor conserva este último. En ambos supuestos se produce un resultado desigual, siendo así que, sin embargo, ambas partes han procedido culpablemente en la conclusión del contrato, según criterio de la Fiscalía no modificado por el Tribunal Supremo, apreciándose, de consiguiente, en ellas concurrencia de culpas.

Es cierto que el vendedor se lucraría ilícitamente si se le concediera retener el precio recibido. Pero es igualmente cierto que al imponérsele su devolución, se deja sin sanción civil la apreciada culpa del comprador, que en nada resulta perjudicado —gracias al pronunciamiento de la Fiscalía y del Tribunal Supremo— tras su ilícita operación de compra.

¿Cómo es que el Tribunal Supremo, que conoce de oficio en el segundo caso sobre los efectos de la nulidad del contrato, no aplica a los mismos el régimen establecido por el artículo 1.306 del Código Civil para los contratos con objeto o causa ilícita, precepto éste, alegado al final del segundo motivo de casación como notoriamente infringido por no aplicación (98), y sobre el que la Sentencia del Tribunal Supremo no se pronuncia?

Estos son los principales problemas que a nuestro entender, y en relación con el objeto de nuestro estudio, plantean las anteriores Sentencias. Al margen de ellos podemos ya destacar la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, sobre la sanción civil del contrato infractor de las normas interventoras en materia de precios: se trata de un contrato nulo (99) por contrario a una prohi-

(98) «siendo además de apreciar que aun en el supuesto de que fuese aplicable al caso del pleito la tesis errónea de la nulidad del contrato declarada expresa o implícitamente por el mencionado acuerdo de la Fiscalía de Tasas, siempre resultaría evidente que aquella tesis no justificaría en modo alguno el fallo de la sentencia recurrida condenando a la parte demandada a pagar 320.000 pesetas como devolución del precio al comprador de los camiones, porque tal fallo implicaría siempre la infracción o violación de la regla primera del artículo 1.306 del propio Código Civil, que regula los efectos de la declaración de nulidad de los contratos en el caso de que la culpa de la causa ilícita o torpe esté de parte de ambos contratantes, por lo que forzosamente hay que reconocer que la demandante no podía tener nunca derecho a la devolución del precio que solicita en la demanda y que, en consecuencia, al acceder la sentencia recurrida a aquella pretensión infringe notoriamente, por no aplicación, la citada regla primera del artículo 1.306 del Código Civil.»

(99) El Tribunal Supremo comienza en la sentencia del 49 no queriéndose comprometer en la declaración de la nulidad del contrato. Así, dice en el segundo Cdo.:

Cdo.: «Que ninguna cuestión se ha suscitado en el pleito sobre la validez o nulidad del contrato, sino que, por el contrario, ambas partes, unas veces explícita y otras implícitamente, han fundado sus respectivas peticiones sobre la supuesta nulidad por haberse convenido en el mismo precio superior a la tasa establecida para la venta de camiones, acto contrario a la prohibición legal y, por tanto, nulo *«ipso jure»*, según el artículo 4 del C. C., con nulidad absoluta, sin posibilidad de convalidación, nulidad aceptada como tesis de

bición legal, con nulidad «*ipso jure*», según el artículo 4 (hoy 6. 3) del Código Civil, nulidad absoluta, sin posibilidad de convalidación y que debe ser apreciada, aun de oficio, por todas las Jurisdicciones en sus respectivos órdenes.

3. Segunda época.

a) Sentencias.

Incluimos en esta época las siguientes Sentencias:

1.—Sentencia de 24 de abril de 1956.

Es objeto del contrato una partida de aceitunas a la que se señaló precio superior al de tasa. Demandaba el vendedor, suplicando sentencia por la que se obligara al comprador a practicar la liquidación del contrato de compraventa de aceitunas al precio pactado. El demandado se opuso alegando que el precio fijado a la aceituna no podía ser ni superior ni inferior al legalmente establecido, o sea, al precio de tasa. Suplicó en consecuencia se dictara sentencia por la que, desestimándose la demanda, bien por carencia de acción, bien porque no pudiera practicarse la liquidación sobre las bases establecidas por el actor, se le absolviese de la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia condenando al demandado a abonar al actor la cantidad por el mismo reclamada. Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia en todo su contenido.

El comprador demandado interpuso recurso de casación por violación del artículo 1.255 del Código Civil (100), recurso al que el

ambas partes, que no han pedido declaración alguna sobre ella, y que así hubo de ser aceptada por el juzgador como antecedente obligado del fallo, que por exigida congruencia había de limitarse a decidir la única cuestión planteada en el pleito, referente, no a la validez o nulidad del contrato, sino a las consecuencias de la aceptada nulidad...»

Sin embargo, en los demás Considerandos se olvida de este escrupuloso y se afirma con toda contundencia sobre la misma nulidad. Sic, en el Cdo. 6.º:

Cdo.: «Que el motivo determinante de la nulidad del contrato es, como se ha dicho, haberse celebrado contraviniendo una prohibición legal, por lo que la ausencia de efectos por su nulidad absoluta, dispuesta por el artículo 4 del C. C., a falta de ley que ordene su validez, debe ser apreciada por todas las jurisdicciones en sus respectivos órdenes, aun de oficio, tan pronto se conozca oficialmente el fundamento a que responde, única apreciación a la que, también como se ha dicho, se limitó con eficacia exclusiva dentro de su jurisdicción, la resolución del Fiscal de Tasas, y a la misma apreciación de nulidad en el orden civil responde la recurrida, en cuanto decide sobre las consecuencias de la nulidad del contrato, respecto a la devolución por el supuesto vendedor de la cantidad recibida como precio, única cuestión suscitada por las partes y resuelta en la sentencia, conforme a los preceptos legales aplicables al caso, sean o no pertinentes otros citados en la misma, puesto que aun eliminados éstos como fundamentos legales de la resolución, ésta habría de ser la misma, por todo lo cual es improcedente el recurso.»

(100) «... La sentencia recurrida, por sí y en cuanto es confirmación de la del Juzgado de Primera Instancia, infringe el espíritu y la letra del artículo 1.255, según el cual, salvo el respeto tradicionalmente debido a la libertad de pactos, expone como límite a la misma el que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público. En el presente caso, en el origen del

Tribunal Supremo declaró no haber lugar por no considerar probado lo abusivo del precio y apreciar culpa en el comprador, concurrente con la del vendedor (101).

2.—Sentencia de 27 de octubre de 1956.

Se trata de la compraventa a precio ilegal de un camión, marca «Chevrolet». Acciona el comprador, quien en el suplico de la demanda solicita se dicte sentencia declarando que el precio de lo pagado no es el de tasa... y se reduzca la obligación de pagar este precio... a la cantidad oficial de tasa. En réplica matizó su petición, solicitando se dictara sentencia declarando... la nulidad del contrato, por leonino y usurario, o por ir abiertamente contra la ley. El demandado alegó que el precio del camión se convino libremente, fuera de toda repulsa o sospecha de nulidad, por lo que

contrato de compraventa de aceituna no se estipuló un precio especial, distinto al de tasa establecido para el producto agrícola de referencia; pero si así se hubiese pactado, como ha pretendido la parte actora, ello hubiese sido contrario a la ley, y, por lo tanto, el caso estaría incluido en las excepciones al respeto del principio de la autonomía de la voluntad consignadas en el precepto anteriormente mencionado. Aun cuando, como la parte en este momento recurrente asegura, el precio superior al de tasa hubiese sido fijado para la última partida de aceituna entregada, ello supondría un pacto, no una obligación, nulo de pleno derecho por serle aplicable directamente el artículo 1.255 del Código Civil.»

Segundo: ...la restricción nacida de la oposición a los preceptos morales es más difícil de concretar, debiéndose cuidar de no borrar la distinción entre los dos órdenes, moral y jurídico, remitiendo en absoluto a aquél las obligaciones. Desde luego ha de entenderse la moral referida a aquellos principios de la misma no discutibles y sí generalmente admitidos y aun habiendo una especie de confirmación social y práctica que, sin poder determinarse en cada caso «a priori», se comprende bien en los casos de oposición a las buenas costumbres. Aplicando lo que queda expuesto al presente caso nos encontramos con que el precio superior fijado al de tasa en la sentencia es contrario no solamente a la ley, sino a la moral y a las buenas costumbres; por lo tanto, se ha de repetir el fallo que infrinja el tan repetido artículo 1.255 del Código Civil.»

(101) Cdo.: «Que la violación del art. 1.255 del Código Civil, acusada en el primer motivo del recurso... por entender que el precio señalado para ser pagado por el comprador, hoy recurrente, el vendedor de las aceitunas objeto del contrato, excede del señalado como tasa de este producto, lo que supone un pacto o una obligación no de pleno derecho, en aplicación del citado precepto, parte del supuesto de que el precio reclamado es superior al fijado por las disposiciones administrativas, pero es lo cierto que como consecuencia de la apreciación de la prueba practicada, la sentencia recurrida, por su aceptación de los Considerandos en la dictada en Primera Instancia, sienta una afirmación contraria, cuestión de hecho que únicamente puede ser combatida a través del número siete del art. 1.692 de la Ley Procesal, y al no hacerlo así, no puede prevalecer este motivo del recurso, en el que se hace supuesto de la cuestión planteada, aparte de que la infracción del comprador, según justifica el último vale presentado con la demanda, y por él suscrito, sin que haya demostrado, ni siquiera intentado, que realizaba la compra a precio superior para denunciar la infracción ante el correspondiente Organismo —lo que no hizo—, en cuyo caso sólo vendría obligado al precio oficial, lo hace estar incurso en la misma infracción, estando también la culpa de parte suya, caso de que esta existiera, lo que la sentencia que recurre no declara, se repite, sin impugnación.»

suplicó se dictara sentencia declarando válido, eficaz y obligatorio el contrato.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando en todas sus partes la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial, la cual declaró la nulidad absoluta del contrato, sin que ninguna de las partes pueda repetir lo que respectivamente hubiere entregado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo ofrecido.

El comprador-demandante interpuso recurso de casación, fundado en falta de congruencia entre su petición de mera rebaja del precio convenido al límite legal —nulidad parcial— y el fallo de la sentencia declarando la nulidad total del contrato (102), así como por aplicación indebida del artículo 1.306 del Código Civil (103).

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso: el contrato con precio ilegal es nulo, con nulidad declarable de oficio, sin necesidad de petición concreta, y cuyos efectos vienen determinados por la disciplina del artículo 1.306 (104).

(102) «Segundo: por falta de congruencia entre las pretensiones de los litigantes y el fallo de la sentencia. ...La demanda pide sencillamente la reducción del precio en el contrato de compraventa debatido, hasta los límites en que se ajuste a lo establecido por los Organismos administrativos, y, naturalmente, la nulidad del contrato en lo que de esto se deduce. Es decir, no se trata de nulidad «*ipso jure*», que declará la Sentencia, se trata de ajustar el convenio a los términos de la ley ...La Fiscalía de Tasas —juzgadicción de tipo penal administrativo— puede hacer los pronunciamientos que estime conveniente dentro de su propio ámbito jurisdiccional, pero estos pronunciamientos ni tienen fuerza vinculadora ni la deben tener en un pleito civil que versa con exclusividad sobre uno de los extremos o requisitos del contrato que, por otra parte, para nada afectan a su validez intrínseca, puesto que el contrato de compraventa existe igual con un precio que con otro.

(103) Tercero: Infracción por aplicación indebida del art. 1.306 del Código Civil... Si admitimos, como lo hace la Sentencia recurrida, que el art. 1.274, al establecer el concepto de causa de los contratos onerosos, la hace residir para cada parte en la prestación hecha por la otra, es evidente que la entrega de un camión mediante un precio más o menos elevado, no es una causa ilícita. La transforma en ilícita el fin indirecto, lo que llama Castán fin psicológico, individual o puramente personal, pero ya hemos quedado en que en modo alguno pueden confundirse ambos conceptos... En el caso de autos, el único que realmente ha entregado algo ha sido el comprador, que entregó su dinero, y multitud de sentencias han sentado ya de manera inequívoca la racional y justa doctrina de que no es aplicable el precepto del art. 1.306, si sólo uno de los dos contratantes entregó algo...».

(104) Cdo.: «Que examinado el contenido del fallo recurrido en relación con las pretensiones de las partes, resulta perfectamente congruente para resolver todas las cuestiones planteadas y, si bien la sentencia declara la nulidad absoluta del contrato, por infringir el art. 4 del Código Civil, esta nulidad era procedente declararla de oficio, sin petición concreta, por cuanto se había convenido en los pactos un precio superior al de la tasa oficial marcada para la venta de los camiones usados, acto prohibido y contrario a las leyes, y aún si se atiende a las peticiones del actor, en que el fundamento principal era el precio abusivo sobre la tasa, según repetidamente expresa, y en la réplica consigna entre los fundamentos de derecho que el contrato era nulo de derecho e iba contra el mencionado art. 4, y en la súplica instaba se declarara nulo el contrato por ir contra la ley, expresiones todas ellas demostrativas de que se solicitaba la nulidad, aunque al propio tiempo su objetivo no alcanzaba la nulidad absoluta, sino sólo de los extremos que le interesaban, con

3.—Sentencia de 9 de enero de 1958.

Celebrado contrato de compraventa de un camión, marca «Dodge», y para instrumentalizar el pago de su precio, el vendedor libró determinadas letras de cambio contra el comprador, letras que fueron endosadas y cuyo pago demanda el tenedor cambiario.

El comprador librado opuso que las letras se firmaron en blanco, que en ellas había señalado el librador las fechas de vencimiento que le pareció oportuno y que las había endosado a un íntimo amigo y socio, al efecto de obtener su cobro, tras haber tenido conocimiento de que el camión, objeto del contrato principal, había sido intervenido por la Fiscalía de Tasas por lo abusivo del precio señalado al mismo. Por estas razones suplicaba se le absolviera de la demanda.

En trámite de traslado para conclusiones, el comprador demandado solicitó se acumularan a los autos los de otro juicio declarativo, instado por él mismo contra el vendedor y el tenedor de las letras, en el que suplicaba se declarara inexistente, sin validez ni eficacia, el contrato de compraventa del camión.

Seguidos ambos juicios acumulados, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando la nulidad del contrato de compraventa, condenando al vendedor a que reintegrase al comprador el precio de la misma, y condenando al comprador librado a satisfacer al tenedor el importe de las cambiales.

Apelada la sentencia por el comprador demandado y por el vendedor, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Sevilla (15 de abril de 1952) en cuanto estuviese conforme con la de la Sala y revocándola en lo demás, declarando nula la convención principal y condenando al vendedor a que devolviera al comprador la diferencia entre el precio pactado y el legal del vehículo vendido, y condenando a este último a satisfacer al tenedor cambiario el importe de las letras.

Los antes apelantes interpusieron ahora recurso de casación por estimar que la nulidad parcial declarada por la Audiencia infringía el artículo 4 del Código Civil, así como por violación del artículo 1.306 del mismo cuerpo legal (105).

lo que se evidencia que el Tribunal «*a quo*» no incidió en el vicio de incongruencia, y que el motivo segundo alegado no puede prosperar.»

Cdo.: «Que la Sala de Instancia declara la nulidad absoluta de la compraventa del camión, de acuerdo con el art. 4 del Código Civil, por infracción de la tasa oficial, y sin impugnar ese extremo expresamente la sentencia ha de quedar subsistente, y por ello no pueden prosperar los tres restantes motivos del recurso, toda vez que los tercero y cuarto aluden a la aplicación errónea de los arts. 1.306 y 1.275 del Código Civil, sobre la causa ilícita de los contratos..., pues cualquiera que fuese el criterio de la Sala sobre el particular, los dos preceptos están incluidos en el capítulo referente a la nulidad contractual, y la sentencia declara la absoluta, derivada por infracción a leyes prohibitivas, como las de tasas...»

(105) «Dice el Considerando que se analiza ... que el contrato de autos no puede tacharse de nulo, en su raíz, por aplicación del art. 4 del Código Civil, puesto que las Ordenes del Ministerio de Industria y Comercio de 29 de agosto de 1942 y 5 de junio de 1943, no establecieron prohibiciones para la com-

El Tribunal Supremo declaró haber lugar a los recursos, rechazando con terminología notablemente imprecisa la tesis de la nulidad parcial del contrato infractor (106) y estimando la concurrencia de culpas y consiguiente irrepetibilidad por las partes de lo

praventa de motor mecánico, sino que establecieron unos topes máximos a los precios de las ventas hechas por particulares directamente entre ellos, y que esta doctrina, sentada por la Sala, no contradice la promulgada por este Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de mayo de 1949... porque esa sentencia parte del supuesto de que las partes estuvieron en aquel caso conformes en la nulidad «contra legem» del contrato, que era de las mismas características del originador de este pleito. Siendo claro el contenido del art. 4 del Código Civil, se trata en el caso presente de un caso típico en el que su aplicación es de ineludible observancia... En cuanto se venda un automóvil o camión fijándose un precio superior al de tasa, necesariamente quedará violada la prohibición establecida por la ley, y la obligación íntegra estará afectada de la nulidad a que alude el art. 4 del Código Civil, por haber contravenido lo dispuesto en una disposición legal, comprendida en la acepción nata del concepto de ley, sin que quepa el desdoblamiento del precio, como dice la Sentencia recurrida en su segundo Considerando... El dilema se presenta bien definido: si el precio pactado no está prohibido por la ley, la convención es válida en su integridad y, si por el contrario, el precio pactado está prohibido por la ley, el contrato es nulo en su raíz, de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 4 del Código Civil.

Segundo: Infracción por violación del art. 1.306 (núm. 1º) del Código Civil... Esta ley (Ley de 30 de septiembre de 1940), al examinar las responsabilidades en los hechos sometidos a la misma, y establecer sanciones, define claramente a quienes alcanzan aquellas en el contrato de compraventa por precio superior al tasado, y en su art. 10 dice que estarán sujetos a responsabilidad y serán objeto de sanción los vendedores y los compradores, y efectivamente, cumpliendo el precepto, la Fiscalía sancionó, como consta en autos, al vendedor en ese contrato, y al comprador... El art. 1.306 del Código Civil dice: «Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito o falta (que es el caso de autos, como se ha demostrado), se observarán las siguientes reglas: Primera. Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes (así se ha declarado en el caso presente por la Fiscalía de Tasas en aplicación del artículo 10 de la Ley de 30 de septiembre de 1940), ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido» ...y la Sentencia recurrida que, violando este precepto, da lugar a la reclamación del señor ..., incurre en el presente motivo de casación.»

(106) Cdo.: «Que dictada la legislación de Tasas en interés de la sociedad, para contener el agio de las cosas a precios abusivos, no ofrece duda de clase alguna que el precepto contenido en el art. 4 del Código Civil ha de aplicarse por revestir carácter prohibitivo, en lo que están conformes las partes y la sentencia recurrida; si bien, en el alcance de la nulidad, Don ... sostiene y fundamenta el primer motivo del recurso en que dicha nulidad es de pleno derecho, y combate el criterio de la Audiencia que estimó que la convención, fijando un precio abusivo en la compraventa, queda nula «ope legis» en cuanto al exceso.»

Cdo.: «Que la nulidad proveniente del mencionado art. 4 no puede ser otra que la absoluta, la «in radice» para todo el contrato, no la nulidad relativa, por lo que no cabe dividir la convención y el precio en dos porciones distintas, una hasta el tope de la tasa y otra en cuanto excede de ésta; pues el contrato y el precio son únicos, porque la legislación de tasas se dicta para contener los precios abusivos de las cosas en épocas en que es necesario imponer sanciones para evitar el abuso de la elevación de precios de los artículos, causante de graves perjuicios a la economía nacional y, siendo así, procede dar lugar al primer motivo alegado en el recurso...»

recíprocamente entregado (107). El Tribunal Supremo se ocupó también de delimitar las distintas competencias de las Fiscalías de Tasas y de la Jurisdicción Ordinaria, en casos como los estudiados (108).

4.—Sentencia de 24 de octubre de 1959.

VEA concertó con AML el siguiente contrato: VEA entrega en el acto un camión de su propiedad, que AML recibe. Por su parte, AML entregará a VEA, como pago del camión antes citado, una determinada cantidad en madera, dentro del año de la celebración del contrato. En el momento en que se haya entregado toda la madera, VEA firmará la transferencia del camión a favor de AML.

AML comenzó a dar cumplimiento a su obligación, haciendo entrega de dos cupos de madera, cuyo importe se iba descontando del saldo a favor de VEA, representado dicho saldo por el precio oficial de la cantidad de madera que se obligaba a entregar AML.

Cuando dicho saldo se cifraba en 102.653,08 pesetas AML cesó en las entregas del resto de la madera convenida, por lo que VEA le demandó suplicando al Juzgado se le condenara, como consecuencia del incumplimiento del anterior contrato, al pago de la indicada cantidad de 102.653,08 pesetas.

Al oponerse AML a la demanda, dejó constancia de no ser el descrito el primer contrato de compra de camión a cambio de ma-

(107) Cdo.: «Que la Sentencia recurrida condena al demandado, ..., a que satisfaga al actor..., la suma de pesetas 73.470, diferencia entre el precio pactado y el legal del vehículo, y al hacerlo infringe el art. invocado, que impide, cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, el que ninguno de ellos pueda repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido; de donde aparece manifiesto que procede haber lugar a este motivo segundo.

Cdo.: «Que la deducción obtenida por el Juzgado de que la nulidad radical del contrato produce el efecto de condenar al vendedor a que reintegre al comprador el importe del precio, resulta improcedente; pues para ello no menciona ningún precepto aplicable sobre ese particular, sino el cuarto del Código Civil, sin más aditamento, porque éste no señala sino la nulidad, sin entrar en pormenores sobre sus consecuencias, por lo que habrá de estarse a los contenidos en el propio Código al referirse a las nulidades de los contratos.»

Cdo.: «Que... en vista de los antecedentes, la norma legal aplicable es la contenida en la regla primera del art. 1.306 del Código Civil, que establece si el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta, cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiera ofrecido.»

(108) Cdo.: «Que el último motivo del recurso... atribuye al Tribunal sentenciador que debió abstenerse de conocer de la demanda... por razón de la materia, ya que el conocimiento de la misma correspondía a la Jurisdicción especial creada por la Ley de 30 de septiembre de 1940... ...

Cdo.: «Que... no existió el abuso o exceso en la Audiencia sentenciadora en el ejercicio de su jurisdicción, pues a la civil competía conocer íntegramente de ambos juicios acumulados, no a la Fiscalía, que en uso de sus facultades sancionó el hecho, sin que en nada se inmiscuya la sentencia en conocer de las sanciones impuestas, sino que se limita a determinar la calificación y efectos del contrato... debiendo, en consecuencia, ser desestimado este tercer motivo alegado en el recurso.»

dera (sic) entre actor y demandado, y acusó a VEA de haber conculcado el artículo 4 del Código Civil, en relación con la Orden de 8 de enero de 1940, que prohibía vender vehículos automóviles usados por precio superior al 75 por 100 del que tuvieran como nuevos.

Tras formular reconvenCIÓN, suplicó se declarase nulo el contrato cuyo cumplimiento exigía el actor, así como el anteriormente celebrado entre las partes en las mismas condiciones, por haberse estipulado en ellos un precio superior al que con arreglo a la Orden de 8 de enero de 1940 correspondía fijar, debiendo por tanto devolverse, demandante y demandado, lo que por los mismos contratos hubieren recibido, para que queden así sin ulteriores efectos.

El Juez de Primera Instancia, estimando en parte la demanda formulada, condenó al demandado, como consecuencia del incumplimiento del contrato, a que abonara al demandante la cantidad a que alcanza el importe de la madera que dejó de entregar.

Apelada la Sentencia, fue confirmada en todas sus partes por la Audiencia Territorial.

Interpuesto por el demandado recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba y por infracción del artículo 4 del Código Civil (109), el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo (110).

(109) «Tercero: Por infracción del art. 4 del Código Civil, en relación con la Orden de 8 de enero de 1940... la sentencia recurrida acepta que la infracción de la Orden de 8 de enero de 1940, produce la nulidad del contrato, a virtud de lo dispuesto en el art. 4 del Código Civil, mas después de esta declaración, no es congruente con la misma y desestima la reconvenCIÓN formulada por el recurrente en mérito de ... supuesta compensación legal del sobreprecio... que a la vista está que no se da en este caso por la diferencia abrumadora de los respectivos valores de las cosas permutadas, pero aún hay otro aspecto de la cuestión que confirma la procedencia de este motivo del recurso, y es que conforme declaran las sentencias de esta Sala..., citadas por el Juez de Instancia, la infracción de leyes prohibitivas es bastante para hacer la declaración de nulidad del contrato, sin posibilidad de confirmación ni de convalidación, por ser los contratos así otorgados nulos, con nulidad absoluta o de pleno derecho; y es visto que aún en el supuesto, que no se admite, de que se hubiera dado una doble infracción por parte de los dos contratantes, ello no implicaría otra cosa sino que esos contratos serían nulos por un doble motivo, y dado que una sola infracción daría lugar a la nulidad de esos contratos, otra infracción agregada a la primera no podría convalidarlos, y los contratos seguirían siendo nulos, con nulidad absoluta, sin posibilidad de convalidación.»

(110) Cdo.: «Que en el tercer motivo... se imputa a la Sala de instancia infracción de los arts. 4 y 1.214 del Código Civil, aquél en relación con las disposiciones prohibitivas de la enajenación de vehículos automóviles a precios superiores a los que se fijan; pero la desestimación de cuanto en él se contiene la determina el destacar que la Sala sentenciadora, precisamente tras reconocer lo dispuesto en las repetidas disposiciones, razona su inaplicación al caso discutido, no sólo por el precio señalado a la madera, en el que había un margen de ganancia, y por las características del camión, sino sobre todo por el desconocimiento absoluto del precio, módulo de previo conocimiento y de necesaria probanza por quien el abuso denuncia, para que pueda ser así tachada la enajenación.»

5.—Sentencia de 18 de noviembre de 1959.

También en esta ocasión es un camión el objeto del contrato. Los actores, compradores del vehículo, denunciaron el contrato por lo ilegal del precio —375.000 pesetas, aun cuando en el contrato se señaló la cantidad de 325.000— y por vicios ocultos. Suplicaron en la demanda se dictara sentencia declarando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, el contrato era nulo de pleno derecho por haberse celebrado contraviniendo una disposición legal, y que se condenara al demandado a la restitución del precio de la compraventa, viéndose los demandantes obligados a restituir el camión comprado; o, alternativamente, que se declarase rescindido el contrato por estar afectado el camión de vicios ocultos, condenándose al demandado a la devolución del precio.

El vendedor se opuso a la demanda alegando que el precio pactado y reflejado en el contrato fue el de 325.000 pesetas, y que las entregas que por encima de esta cantidad hicieron los actores, no las efectuaron en concepto de precio, sino por intereses vencidos de la venta a plazos, repuestos entregados, existencias de gas-oil y parte proporcional de los impuestos y gabelas abonados por el demandado hasta fin del año fiscal. Alegó igualmente que las averías y calamidades que se decía acaecieron al camión, no se debían a vicios inherentes al mismo, sino a la falta del debido celo, trato y conservación necesarios. Terminó suplicando se dictara sentencia no dando lugar a ninguna de las pretensiones de los actores, y si al más exacto cumplimiento del contrato.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó la demanda, de la que absolió al demandado, debiéndose cumplir el contrato a que la misma se contraía.

Apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial.

Los actores interpusieron recurso de casación por infracción del artículo 4 del Código Civil, en relación con la Orden de 29 de septiembre de 1942, y también por inaplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 17 de mayo de 1949 (111), así como por error de hecho en la apreciación de la prueba.

(111) «Primero: Infracción por violación del art. 4 del Código Civil, en relación con la Orden de 29 de septiembre de 1942, especialmente su art. 3, por haber sido aplicados indebidamente, o no aplicados al caso litigioso, y también por no haber sido aplicada la doctrina contenida en la Sentencia de 27 de mayo de 1949, que trata exactamente de la nulidad de la compraventa a precio superior al de tasa, resulta evidente la infracción del art. 4 del Código Civil, y dada la disposición restrictiva de venta, no se da la causa que precisa todo contrato y se infringe, por su no aplicación, el art. 1.274 del Código Civil. Si la Sala sentenciadora contempla la certificación del Ministerio de Industria, que acredita el valor de los vehículos «Mercedes», y que en ella el tipo más caro es establecido en 340.000 pesetas, es lógico y natural deducir que el 80 por 100 máximo será el de 272.000 pesetas. Si la sentencia de Instancia admite el hecho de que se han pagado por el camión en litigio trescientas setenta y cinco mil pesetas, y lo acepta en sus Considerandos, tiene aceptado un precio ostensiblemente superior al de tasa, y no cabe llegar a fijar como premisa del fallo que no hay referencia exacta del precio, puesto que las

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por no considerar probado lo ilegal del precio convenido (112).

6.—Sentencia de 21 de junio de 1963.

Una sociedad vinícola había concertado con otra firma industrial la venta de una cisterna de alcohol, a precio legal. Por dificultades de materias primas, y para poder dar cumplimiento a su obligación, tuvo que adquirir dicha cisterna de un fabricante de alcohol y almacenista, al precio de 18,40 pesetas/litro, es decir, 3,40 pesetas/litro por encima de la tasa legal. Efectuada la operación pudo remitirse por la sociedad dicha partida a la firma industrial.

La misma sociedad vinícola al principio indicada, se encontró posteriormente en difícil situación económica, por lo que los accionistas acordaron la enajenación de la fábrica, siendo vendidos sus distintos apartados en «pro indiviso» a varios señores, entre entre ellos, al fabricante y almacenista que antes vendió a precio ilegal.

Con el producto del pago de algunas deudas que a su favor tenía la sociedad vendida, fueron pagándose las deudas contra ella pendientes, pero especial dificultad ofrecía, entre otras, la representada por el precio ilegal de la compra de la cisterna al fabricante almacenista, ya que por lo ilegal del precio, la operación no podía ser contabilizada.

A pesar de tener conocimiento el fabricante de que se había omitido en la contabilidad tal partida, por el motivo indicado, ini-

propias Sentencias lo admiten. Por ello la Sentencia es contraria a Derecho y a la doctrina contenida en la Sentencia de 27 de mayo de 1949, en la que claramente se especifica la nulidad de un contrato de compraventa realizado a precio superior al de tasa por ser imperativo el art. 4 del Código Civil y no darse existencia real de posibilidad alguna de convalidación, ya que el acto contrario a la prohibición legal determinada en la Orden de 29 de septiembre de 1942, hace que el contrato sea nulo.»

(112) Cdo.: «Que la Sentencia recurrida se funda para desestimar la nulidad radical del contrato de autos en que no ha podido acreditarse en el pleito si el precio pagado por el camión usado era o no superior al de tasa, porque éste debía ser, según la Orden de 29 de septiembre de 1942, modificada en 5 de junio de 1943, el 80 por 100 del que en aquella fecha tuvieran los nuevos iguales a él en fábrica, extremo que no consta en autos, y esto lo combaten los motivos del recurso, el primero en su aspecto de «quaestio juris», y el segundo de «quaestio facti», por reputar errónea tal afirmación, pues dice que en el oficio del Ministerio de Industria, unido al folio 154 del pleito, se acredita que el precio más caro de los camiones de este tipo es de 340.000 pesetas, pero ese oficio, al consignar únicamente el precio de los chasis sin carrocería, o de los tractores, sólo podría servir de base para razonamientos o inducciones o peritaciones del precio de los carrozados, como el de autos, con lo que resulta que ya no prueba evidentemente y por sí sola, el pretendido error de hecho y tampoco puede, como argumento jurídico tomarse en cuenta ese precio por analogía, porque falta llenar el vacío que hay para tal comparación entre los vehículos en una y otra de las distintas condiciones mencionadas... ni tampoco ha sido infringida la doctrina de la Sentencia de 27 de mayo de 1949, porque se refiere a la nulidad del contrato... pero partiendo del supuesto, totalmente distinto del caso actual, de que allí estaba acreditado que el precio del contrato excedía al de tasa.»

ció querella contra el gerente de la entidad vendida, de la que éste fue absuelto. Pero bajo la presión del procesamiento y medidas asegurativas, hubo de transigir el mismo con el fabricante, declarándose, en escritura pública, deudor respecto a éste por la cantidad de 116.592,08 pesetas, en garantía de la cual constituyó primera hipoteca a favor del acreedor, sobre diversas fincas rústicas, obligándose además al pago de dicha cantidad su esposa, en condición de fiadora y con renuncia al beneficio de excusión.

Pues bien, en el caso acciona el gerente de la sociedad vendida, quien en su demanda contra el fabricante suplicó se declarase nulo de pleno derecho el convenio, formalizado en la escritura pública antes mencionada, de reconocimiento de deuda, subrogación, afianzamiento y garantía, por ser consecuencia y derivación de una contraprestación (la compraventa a precio ilegal de la cisterna de alcohol) nula de pleno derecho por haberse concertado a precio abusivo.

El fabricante demandado alegó, en contestación a la demanda, que la entidad compradora, entonces regida por su gerente —el actor—, cobró la totalidad de la mercancía de la firma con la que previamente había convenido su venta, apropiándose de su importe y dejando incumplida su obligación de pagarla a quien a ella se la vendió; de donde se desprendía —añadía el demandado— que dicha sociedad no fue sino una intermediaria en dicha operación comercial, de la que se sirvió para cobrar el precio, sin satisfacerlo después.

Alegó también el demandado que, tanto en la carta de proposición del contrato, como en la factura, se concertó el precio de 16 pesetas/litro, y que, aunque según el actor, el único precio oficial era el de 15 pesetas, las disposiciones legales permitían la venta de alcohol a los almacenistas a un precio superior al de 16 pesetas y que la operación de autos no podía ser efectuada más que como almacenista.

Terminó, pues, por suplicar se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda, absolviendo de la misma al demandado.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la acción de nulidad ejercitada, declarando nulo de pleno derecho el convenio formalizado en la escritura pública, por ser consecuencia de la compraventa de alcohol, contrato también nulo de pleno derecho por contrario a la ley.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, revocando la Audiencia la sentencia apelada, con desestimación de la demanda, origen de autos, y con la absolución de la misma al demandado.

El actor interpuso recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba y por infracción de los artículos 4, 1.274 y 1.275 del Código Civil, así como de la doctrina mantenida en las

Sentencias de 17 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1956 (113), recurso al que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar por entender que para que «en la contratación civil tenga repercusión la infracción de la ley de Tasas es requisito previo que la Administración haya declarado la existencia de la vulneración y que no concorra compensación de culpas entre los contratantes» (114).

(113) «Segundo: ... al no declarar la Sentencia recurrida nula de pleno derecho, por serlo, la venta de alcohol realizada... a precio superior al de tasa... infringe la Audiencia, por no haberlos aplicado, interpretándolos erróneamente, los artículos 4 del Código Civil y 53 del de Comercio, en relación con la Orden de la Presidencia del Consejo de Ministros, de 30 de octubre de 1945, vigente en agosto de 1946, en cuyo artículo 1.^º se establece para el alcohol vírico el precio de 15 pesetas/litro; viola igualmente por indebida aplicación el artículo 1.275 del Código Civil, en relación con el 1.274... y vulnera a la vez por interpretación errónea la doctrina de las Sentencias de 27 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1956, que invoca la Audiencia en el Considerando tercero de la Sentencia recurrida; ya que en el motivo anterior se había demostrado que el precio de venta del alcohol fue el de 18,40 pesetas/litro y, por lo tanto, muy superior al de la tasa a la sazón vigente y, siendo así, resultaba notoria la infracción de los preceptos y doctrinas precedentemente invocados en que la Sala sentenciadora incurría, al decir en su Considerando tercero que la declaración de nulidad postulada en la demanda no puede prevalecer, aunque esté acreditado que el precio de venta fue superior al de tasa; lejos de ello, al ser el precio excesivo, la operación de venta era radicalmente nula, puesto que el artículo 4 del Código Civil dispone que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley y, autorizado el poder público por ley, en momentos en que el interés público lo requiere, a fijar los precios de tasa, no cabía duda que estos precios, al fijarse, eran prohibición rotunda de toda operación a precio superior, que si se realiza es radicalmente nula; la nulidad que previene dicho artículo 4, como se dice, entre otras, en Sentencia de 1 de abril de 1931, se deriva de la infracción de leyes prohibitivas, cuyo olvido o desconocimiento era bastante para que la nulidad radical se declare, y como lo que era nulo no puede producir efecto alguno, previniéndose así hasta para los casos, no ya de nulidad radical, sino de anulabilidad, por el artículo 1.303 del Código Civil, eran nulas igualmente todas las consecuencias del negocio o acto: la escritura de 31 de agosto de 1949...; de igual modo era radicalmente nula la venta de alcohol de que se trata y todas sus consecuencias... con arreglo al artículo 1.275, en relación con el 1.274, del Código Civil, pues si fue causa del contrato una prestación ilícita, como lo era la estipulación de un precio superior al de tasa, como los contratos sin causa o con causa, ilícita no producen efecto alguno, y es ilícita toda causa que se oponga a las leyes o a la moral, resulta otra vez radicalmente nula, lo mismo la venta del alcohol, que todas sus consecuencias..., nulidad que por ilicitud de causa, tiene el carácter de radical, como se ha establecido, entre otras muchas, en Sentencia de 12 de abril de 1956...»

(114) Cdo.: «Que el Estado, en su legítimo derecho de defender sus intereses y los de sus súbditos, evitando el acaparamiento de productos vitales, el agio inmoderado sobre ellos en circunstancias excepcionales y, en general, los ilícitos contubernios para alterar el precio de las cosas, explotando la escasez de ellas o la dificultad de su adquisición, dictó las leyes de intervención y de tasas de determinados artículos, reservándose, en función administrativa, la facultad de modificar elásticamente en cada momento tales tasas y tales intervenciones en atención a las necesidades del mercado y las circunstancias de cada caso, originando una copiosísima legislación administrativa y la creación de diversos órganos con facultades de dictar disposiciones reguladoras y de sancionar gubernativamente los abusos, extralimitaciones y vulneraciones de sus normas de buen gobierno y de las tasas fijadas a los productos, de donde se desprende que toda esa legislación, constituida por Leyes, Decretos, Ordnes, normas y circulares, tenga un carácter eminentemente administrativo,

b) Comentario.

1') Las sentencias recogidas en este segundo grupo vienen, en su conjunto, a confirmar la tesis de la nulidad del contrato infractor de la ley de Tasas. Se colocan así en la línea iniciada por la Sentencia de 17 de mayo de 1949, si bien determinando más concretamente el régimen de la misma nulidad. Comentario especial merece la Sentencia de 21 de junio de 1963; a ella dedicaremos nuestra atención, tras el comentario global de las precedentes.

Un primer dato a destacar en el comentario a este grupo de Sentencias es la superación en las mismas del problema, con tanto relieve planteado en el anterior, del posible exceso en el ejercicio de su jurisdicción, por parte de la Ordinaria, al conocer en materia en la que ya ha intervenido la Fiscalía de Tasas. Sólo en el caso resuelto por Sentencia de 9 de enero de 1958 se suscita el problema, alegándose como motivo de casación, con invocación, como infringida, de la doctrina sentada por la Sentencia de 17 de abril de 1947. La de 9 de enero de 1958, por ser la planteada una cuestión de orden público, se detiene a señalar cuáles, y en qué sentido, son los órganos competentes en casos como el entonces resuelto: Fiscalías y Jurisdicción Ordinaria se mueven en campos distintos, sin que la actuación de las primeras, dentro de su específica esfera de atribuciones, impida el posterior pronunciamiento de la segunda en el campo que le es propio.

Por lo demás, se consolida la tesis de la nulidad de los contratos infractores, como contratos celebrados en contra de ley prohibitiva especialmente rigurosa, por haber sido dictada «en interés de la sociedad para contener el agio de las cosas a precios abusivos» (Sent. de 9 de enero de 1958), sin que sea aquí de aplicación el principio de libertad en la contratación (115).

correspondiendo a la misma Administración determinar en cada caso la existencia de infracción y la sanción correspondiente, cuando procediera, creando para ello las Fiscalías de Tasas; pero partiendo siempre del supuesto de que cometían transgresión sancionable en las ventas a precios abusivos, tanto el vendedor como el comprador que adquiriera y no denunciara la vulneración; por todo lo cual, para que en la contratación civil tenga repercusión la infracción de la ley de Tasas, es requisito previo que la Administración haya declarado la existencia de tal vulneración y que no concorra compensación de culpas entre los contratantes, como tiene declarado este Tribunal en sus Sentencias de 27 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1956, entre otras.

Cdo.: «Que haciendo aplicación de la anterior doctrina al caso que se resuelve, es evidente que aun cuando la venta del alcohol de referencia hubiera tenido lugar por un precio superior al de tasa en el momento del contrato —que no ha sido probado, conforme sostiene la Sentencia recurrida...— siempre resultaría que la venta... no fue denunciada como a precio abusivo por el comprador, que incurrió en compensación de culpa, ni fue declarada de tal carácter, ni sancionada por la Administración y, en su consecuencia, sin efectividad alguna sobre el contrato civil de compraventa...»

(115) Cdo.: «Que la libertad contractual, admitida en términos generales por nuestro Código Civil, no alcanza hasta el extremo de admitir que la voluntad de las partes pueda obrar a su arbitrio, y así, entre los preceptos limitativos de ésta aparece el artículo 4 del Código Civil, que contiene la declaración de ser nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los

Nulidad, pues, absoluta (Sent. de 27 de octubre de 1956, Cdo. 1.º; Sent. de 9 de enero de 1958, Cdo. 3.º), «ipso jure» (Sent. de 9 de enero de 1958, Cdo. 1.º de la segunda Sentencia), declarable de oficio (Sent. de 27 de octubre de 1956, Cdo. 1.º), «in radice» (Sentencia de 9 de enero de 1958, Cdo. 3.º) y no convalidable (Sent. de 9 de enero de 1958, Cdo. 5.º).

Avanza también el Tribunal Supremo en esta serie de Sentencias al no limitarse ya a declarar la nulidad del contrato infractor imponiendo, como consecuencia, la devolución por las partes de lo que respectivamente hubieren entregado en virtud del mismo contrato. Se hace entrar en juego el artículo 1.306, y en aplicación de lo en él preceptuado, se niega a las partes acción de repetición, ya que se considera que al consentir el comprador en lo abusivo del precio, existe culpa también de su parte, culpa que, de este modo, concurre con la del vendedor (Sents. de 12 de abril de 1956, 27 de octubre del mismo año, 9 de enero de 1958 y 21 de junio de 1963).

Se hace necesario destacar todavía un dato más: Al comentar el primer grupo de Sentencias veíamos cómo el Tribunal Supremo hubo de resolver en relación con el problema que nos planteamos, en función de concretas incautaciones ordenadas por la Fiscalía de Tasas, cuya repercusión sobre las partes fue el origen del litigio. En ambos casos el Tribunal Supremo resolvió en contra del vendedor, sobre el cual hizo recaer la incautación. Esta solución no nos dejaba satisfechos. ¿Qué ocurre al respecto en este segundo grupo de Sentencias? La incautación no funciona en estos casos como factor desencadenante del litigio; es más, a veces no llega a producirse. De todos modos, también en esta segunda época puede inducirse del conjunto de las sentencias un criterio rector que tampoco resulta satisfactorio.

En efecto, el Tribunal Supremo, en todas y cada una de las sentencias examinadas, resuelve a favor del vendedor, bien amparándole en su reclamación del precio por estimar que, si bien la infracción de la ley de Tasas —opuesta por el comprador— acarrea la nulidad del contrato, en el caso concreto tal infracción no se demuestra (Sents. de 24 de abril de 1956 y 24 de octubre de 1959), bien negando al comprador, «ex» artículo 1.306, el derecho de repetición en atención a la apreciada concurrencia de culpas (Sentencias de 27 de octubre de 1956, 9 de enero de 1958, 21 de junio de 1963), bien negando al mismo comprador la ejercitada acción de nulidad, por no considerarse demostrado lo abusivo del precio (Sent. de 18 de noviembre de 1959).

¿Satisface jurídica y materialmente esta solución? A nuestro entender, no. La legislación de Tasas se justifica por una finalidad bien concreta: «la evitación del agio de las cosas a precios abusivos». Estamos, pues, ante un conjunto de medidas que, para evitar

casos en que la misma ley ordene su validez, y para examinar el alcance de esta norma precisase partir de la existencia... de las disposiciones legales vigentes en la época del convenio sobre prohibiciones de la venta de vehículos de motor entre particulares a precio que excediera los topes máximos fijados...»

lucros abusivos basados en particulares situaciones de prepotencia económica, conjugadas a veces con circunstancias de general penuria o carestía, limitan la libertad de pactos, interviniendo en el núcleo del contrato y fijando un tope máximo a la ganancia del vendedor prepotente o, en su caso, un límite mínimo al precio a percibir por el vendedor débil. Lo que siempre es cierto es que la intervención en los precios supone una medida de corrección de los mecanismos del mercado libre, en función del interés social y al servicio de un determinado grupo o categoría económica.

Pues bien, en los casos examinados —excepción hecha del primero de ellos, en el que, según Informe de la Jefatura Agronómica de Sevilla, los precios fijados a la aceituna tenían carácter de mínimos— la intervención en los precios se produce siempre a favor del comprador, a quien de este modo se protege frente al posible abuso del vendedor, y es, justamente, tal comprador el que no resulta favorecido por el Tribunal Supremo en esta segunda época.

La intervención en los precios y su finalidad protectora y social, queda, pues, neutralizada por el criterio de nuestro más Alto Tribunal, que, no obstante reconocer a la normativa administrativa en la materia fuerza de ley prohibitiva, a los efectos del artículo 4 del Código Civil (hoy 6, 3), declara inviable la acción de repetición esgrimida por el comprador, al apreciar culpa de parte de éste, en concurrencia con la del vendedor.

En conclusión: del mismo modo que la postura de teórica devolución de las respectivas prestaciones, haciendo recaer sobre el vendedor la incautación de la mercancía —primera época— no nos satisfacía, tampoco nos parece justa, ni mucho menos adecuada a la finalidad de la intervención en materia de precios, la de respeto o mantenimiento de la situación fáctica producida a consecuencia del contrato nulo, como exigencia del principio consagrado en el artículo 1.306 del Código Civil —segunda época—, máxime cuando de hecho, tal resultado viene a favorecer en todos los casos al vendedor abusivo, o a no amparar al comprador que, por necesidad, pasó por la fijación de un precio superior al permitido.

A la vista de lo anterior, podemos ya adelantar que una adecuada actuación «*pro emptore*», en consonancia con la normativa interventora en el mismo sentido, no puede llevarse a cabo contando tan sólo con los artículos 4 (hoy 6, 3) y 1.306 del Código Civil. No deja de ser sintomático que en dos de los casos ahora examinados se quiso acudir al expediente de la nulidad parcial, una vez por el comprador demandante (Sent. de 27 de octubre de 1956) y otra por la Audiencia Territorial de Sevilla (Sent. de la misma Audiencia de 12 de abril de 1952, casada por el Tribunal Supremo, en la de 9 de enero de 1958).

2') Especial examen requiere la Sentencia de 21 de junio de 1963, sentencia que, según Santos Briz, es «exponente de un criterio racional y aceptable» (116) y que, sin embargo, a nosotros nos resulta especialmente discutible.

(116) SANTOS BRIZ: *Op. cit.*, pág. 245.

La sentencia da la impresión, en su primer Considerando, de querer evitar a la Jurisdicción Ordinaria la enojosa labor de tener que comprobar en cada caso el hecho de la infracción. A tal efecto declara que, puesto que la «copiosísima» legislación de tasas está constituida por «Leyes, Decretos, Ordenes, normas y circulares», ha de reconocérsele un «marcado carácter administrativo», con la consecuencia —ya excesiva, en nuestra opinión— de que «para que en la contratación civil tenga repercusión la infracción de la ley de Tasas, es requisito previo que la Administración haya declarado la existencia de la vulneración», reforzándose, además, la misma idea al considerar que comete transgresión sancionable «el comprador que no denunciara la vulneración», determinando esta transgresión la concurrencia del comprador en la culpa del vendedor.

La Sentencia no es en absoluto clara. Habla de «repercusión en la contratación civil, de la infracción de la ley de Tasas». ¿Qué quiere decir al utilizar esta expresión? ¿Que para que en el orden civil se produzca la nulidad es necesaria la previa declaración por la Administración de la vulneración y que no se dé además concurrencia de culpas, o que para que la nulidad —producida sin más por la infracción— pueda hacerse valer, son necesarios tales requisitos?

Santos Briz ha respondido a estas preguntas en el primero de los sentidos apuntados (117). Para dicho autor, y en fuerza de lo expresado en la Sentencia:

«1.—No es nulo *«ipso jure»* el contrato con precio sujeto a tasa, cuando ésta se vulnera.

2.—La anulabilidad civil del contrato exige que la Administración haya declarado la existencia de la vulneración y que de la misma no sean culpables ambos contratantes y, además, la instancia de parte ante los Tribunales civiles.

3.—Por tanto, la mera existencia de una legislación meramente administrativa que fija precios de tasa no se entiende a los efectos del artículo 4 del Código Civil como ley contravenida en los supuestos de infracción de los precios fijados, ya que además se exigen los requisitos expuestos para llegar a la nulidad del contrato.»

No compartimos la interpretación de Santos Briz, ni creemos que de la Sentencia estudiada pueda deducirse la mera anulabilidad —que no nulidad— del contrato infractor.

En primer lugar hemos de tener en cuenta que la misma Sentencia cita en su apoyo las de 17 de mayo de 1949 y 24 de abril de 1956 y, manteniéndose en ambas la tesis de la nulidad del contrato por el mero hecho de la infracción de la ley de Tasas, en este mismo sentido debe interpretarse aquélla.

Pero es que además, y abstracción hecha de todo criterio exterior de interpretación, la necesidad de previa declaración por la Administración de la vulneración de la ley de Tasas no tiene por qué afectar ni cambiar la naturaleza de la invalidez derivada de la misma. Podrá mantenerse la conveniencia de que la Administración *sc.*

(117) SANTOS BRIZ: *Op. et loc. cit.*

pronuncie sobre el caso, por estimarse que sea ella la mejor conocedora de sus propias normas, pero la declaración administrativa nunca podrá alcanzar a más de la constatación del hecho desencadenante de la invalidez: la infracción de la ley de Tasas, hecho del que la Administración hará derivar consecuencias en su propio campo, distinto —obviamente— del de sus consecuencias civiles.

Los contratos infractores de la ley de Tasas no deben, pues, considerarse nulos porque la Administración haya declarado la existencia de la infracción —como si esta declaración fuera requisito para que la nulidad se produzca—, sino porque versan sobre materia intervenida, en la que no es de aplicación el principio de libertad de pactos. El contrato infractor es un contrato prohibido e ilícito y por ello, sólo por ello, civilmente nulo. Afirmar otra cosa sería tanto como confundir la declaración del hecho de la infracción con la producción de los efectos que la ley hace derivar de la misma.

La nulidad del contrato infractor de la ley de Tasas arranca, pues, de la misma ley que, al circunscribir los límites de la autonomía privada, niega validez a lo actuado fuera del campo dejado al libre juego de la misma. Nulidad, por tanto, originaria e «*ipso jure*», que priva de eficacia al contrato desde el momento de su aparición, sin que ello obste, sin embargo, a la necesidad de su declaración, ya que muchos actos, en realidad nulos, están revestidos de una apariencia jurídica, cuya destrucción «*erga omnes*» exige el oportuno pronunciamiento declarativo.

Pasando ya a otro requisito, sostiene la Sentencia de 21 de junio de 1963 que para que la infracción de la ley de Tasas tenga repercusión en la contratación civil, se requiere la no concurrencia de culpas en el vendedor y en el comprador.

Continúa en este punto la Sentencia la línea iniciada por la de 24 de abril de 1956, y seguida por las de 27 de octubre del mismo año y 9 de enero de 1958. El fundamento de todas ellas no es otro que el que inspiran los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, cuya aplicabilidad al caso que estudiamos se justificaría por incluir la «*fattispecie*» de la infracción de la ley de Tasas, aparte de su aspecto de infracción legal —que ya de por sí determina la nulidad del contrato— el de la ilicitud o inmoralidad de su causa, nueva razón de nulidad, si bien paralizadora del normal efecto de la misma, consistente en el reintegro por las partes de lo previamente recibido a virtud del contrato: «*dolosus doloso nihil objicere potest*».

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse la no concurrencia de culpas, en relación con la sanción civil del contrato infractor? ¿Será dicha no concurrencia condición o presupuesto para que la nulidad —anulabilidad, según Santos Briz— pueda ser declarada, o será tan sólo factor determinante del régimen de los efectos de la nulidad ya producida? En nuestra opinión sólo la segunda respuesta sería correcta: producida la nulidad, la concurrencia de culpas sólo impedirá el derecho de repetición de las partes.

¿Cómo, entonces, dice la Sentencia ahora comentada que la no concurrencia de culpas es «condición o requisito para que la infracción de la ley de Tasas tenga repercusión en la contratación civil»? También en este punto la Sentencia resulta imprecisa. A nuestro entender sólo quiso decir que la repetición del precio abusivo por parte del comprador —normal petición ante la Jurisdicción Ordinaria— no puede obtenerse cuando también de su parte medió culpa. El defecto de la Sentencia consiste en que confunde la repercusión de la infracción en el campo civil, con la repercusión de la misma en el concreto efecto civil consistente en la petición por parte del comprador del precio previamente satisfecho.

La exigencia de no concurrencia de culpas no impide, pues, que pueda hablarse de nulidad radical; lo que ocurre es que el contratante o contratantes culpables no podrán invocarla en su propio beneficio.

Dice además la Sentencia que para que la infracción tenga repercusión en el campo civil —dé lugar a sus efectos civiles normales, diríamos nosotros— se requiere que el comprador haya denunciado la vulneración al Organismo administrativo competente. Este requisito debe entenderse, creemos, comprendido en el anterior, en el sentido de que podrá estimarse que hay culpa concurrente cuando el comprador, conocedor de la infracción y de su obligación de denuncia, no dé cumplimiento a la misma (118). Sólo así se justifica este nuevo requisito. Si por el contrario, fuera exigido de modo autónomo, de manera que aun cuando la no denuncia estuviera subjetivamente justificada, se quisiera ver en ella un obstáculo a la viabilidad de la declaración de nulidad y de los efectos que le son propios, se estaría defendiendo una tesis insostenible.

Como conclusión, y en consecuencia, respecto a la Sentencia de 21 de junio de 1963 deben hacerse las siguientes observaciones:

1.—Que dicha Sentencia —contra lo que dice Santos Briz— no constituye el mejor exponente de la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la infracción de la norma interventora en el negocio jurídico privado.

2.—Que no distingue suficientemente la misma Sentencia entre la doble vertiente —administrativa y civil— en que se producen los efectos de la infracción, ni entre los requisitos necesarios para que entren a conocer sobre ella, cada una en su campo, la Administración y la Jurisdicción Ordinaria.

3.—Que cuando habla de «repercusión de la infracción de la ley de Tasas en la contratación civil», parece que se refiere a la repercusión de la misma infracción, atendidas sus circunstancias, en la viabilidad práctica de lo que podría ser el natural efecto de la nulidad del contrato infractor: la repetición por las partes de la prestación efectuada.

4.—Que el requisito de la no concurrencia de culpas sólo es, en

(118) Así parece entenderlo GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial...*, Madrid, 1968, pág. 22, nota 13.

principio, válido a los efectos del artículo 1.306 del Código Civil, y no en orden a la declaración de nulidad, que cabe «ex officio», dado el carácter «contra legem» del contrato infractor.

5.—Que el mismo requisito de la no concurrencia de culpas no tiene por qué incluir siempre y necesariamente el de la denuncia, por el comprador, del contrato infractor. Sólo cuando la no denuncia sea culpable —por conocer, e. c., el comprador su obligación al respecto— incurrirá el mismo comprador en concurrencia de culpas.

6.—Que el requisito de la previa declaración por la Administración de la infracción sancionable, como condición para la declaración de nulidad en el orden civil, difícilmente podría justificarse, y sólo puede entenderse como el efecto normal de la denuncia en los casos en que ésta se haya producido. Aun así creemos que la Jurisdicción Ordinaria no debe considerarse vinculada por la declaración administrativa, cualquiera que sea el sentido en que ésta se haya producido.

7.—Que así entendidas las cosas, no puede extraerse de la Sentencia —como hace Santos Briz— criterio favorable a la mera anulabilidad, que no nulidad, del contrato infractor, si bien la misma Sentencia, al minimizar los efectos civiles de la infracción de la ley de Tasas, cierra una etapa jurisprudencial y anuncia otra nueva, presidida por signo bien distinto al hasta ahora imperante.

4. *Tercera época.*

a) Sentencias.

1.—Sentencia de 23 de febrero de 1965.

Los demandantes, inquilinos de sendos pisos de una casa acogida a los beneficios de la Ley de Viviendas de Renta Limitada, alegan que, no obstante autorizar la legislación de Viviendas Protegidas el percibo por el propietario del inmueble de una renta máxima de 1.500 pesetas mensuales, habían sido obligados al momento de la entrega de la llave del piso que se les arrendaba, a satisfacer anticipadamente la renta de un año y entregar 20.000 pesetas, pretextándose por las propietarias que eran para reformas que habían de realizarse en el respectivo piso o en la parte común de la casa, una vez autorizadas por el Instituto de la Vivienda.

Acompañaron oficio de la Delegación de dicho Organismo, acreditativo, no sólo de que no se había realizado obra alguna, sino que tampoco había sido pedida autorización para efectuarlas.

Terminaron suplicando se dictara sentencia declarando nulas e ineficaces en derecho las recepciones, en concepto de depósito, de las cantidades entregadas por los actores a las demandadas.

Estas se opusieron alegando que, contra lo aseverado por los demandantes, la percepción de las sumas reclamadas era perfectamente legal, ya que se las destinaba a la realización en el portal, fachada y pisos, de las mejoras de decoración y otras obras que

ellos pidieron, las cuales jamás figuraron en los planos de construcción presentados al Instituto Nacional de la Vivienda, a cuyo Organismo acudieron pidiendo autorización para realizarlas, significándose se deseaban llevar a efecto a solicitud de los inquilinos y a su costa, concediéndoseles la correspondiente licencia, de la que se acompañó justificación por las demandadas. Terminaron suplicando se les absolviera de la demanda.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, declarando nulas e ineficaces en derecho las entregas de dinero efectuadas por los demandantes y condenando a las demandadas a devolver a cada uno de aquellos la suma de 20.000 pesetas con los intereses legales correspondientes, así como al pago de las costas.

Interpuesta apelación contra dicha sentencia, la Audiencia Territorial, estimando sólo en parte el recurso, confirmó la apelada en todos sus extremos con la excepción del pronunciamiento referente a las costas, en cuyo único particular la revocaba.

Las demandadas formalizaron recurso de casación contra la anterior sentencia por infracción —entre otros motivos— del artículo 31 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada, de 15 de julio de 1954, así como por violación del artículo 4 del Código Civil, ya que la citada Ley no establece la sanción extrema de nulidad para los actos de infracción de la misma (119). Denunciaron también la aplicación indebida del mismo precepto de la Ley de Viviendas de Renta Limitada y de los artículos 4, 1.261 y 1.275 del Código Civil, por cuanto la Ley infringida no tiene carácter civil, sino simplemente administrativo, careciendo por ello de virtualidad para destruir vínculos de carácter civil (120), así como la inaplicación del artículo 1.306 de nuestro primer cuerpo legal (121).

(119) «Se denuncia la infracción... en mérito a que fundándose la nulidad que se declara en la Sentencia en el hecho de que la percepción de las cantidades a que se refiere la litis contraviene la Ley de 15 de julio de 1954 de Viviendas de Renta Limitada, especialmente su artículo 31, se produce la ilicitud de la causa y como consecuencia la nulidad del contrato; la admisión de esta tesis produce la infracción del artículo 4 del Código Civil... ya que según la doctrina de la Sala, contenida en sus Sentencias de 19 de octubre de 1944 y de 8 de abril de 1958, el artículo 4 del Código Civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que ha de aplicarse con criterio flexible, teniendo en cuenta que nos es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera... haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad... Es evidente que de la ley citada no resulta la sanción expresa de nulidad...»

(120) «Se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 31 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada..., así como por violación de los artículos 4, 1.275 y 1.261 del Código Civil... por cuanto la Ley de 15 de julio de 1954 que se estima infringida (y particularmente la prohibición contenida en su artículo 31) no tiene carácter civil, sino simplemente administrativo, como se deduce del conjunto de sus preceptos y de la competencia encomendada expresamente por el artículo 3º al Instituto Nacional de la Vivienda... además de que por las características de tal disposición no pueden sus preceptos ser bastantes para enmendar los derechos reconocidos y regulados por normas civiles... En consecuencia, también por esta razón debe entenderse que

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso por considerar que la nulidad de las entregas reclamadas no obedecía sólo a la prohibición establecida en el artículo 31 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada, sino también a que la recepción de ese numerario por parte de las recurrentes no obedeció a la voluntad concorde de los interesados, sino a una ficción impuesta por aquéllas a los inquilinos (122), no siendo, por lo demás, de aplicación el artículo 1.306 del Código Civil por no haber recibido una de las partes la contraprestación que le era debida como consecuencia de las obligaciones concertadas (123).

la mera contravención a una prohibición legal, por ser ésta de carácter administrativo, no puede producir la nulidad de un acto que es en sí mismo válido según las normas civiles.»

(121) «Si tanto los actores como las demandadas conocían la prohibición establecida en el artículo 31 de la Ley de 15 de julio de 1954, por imperativo del artículo 2 del Código Civil y porque no sólo no se niega su conocimiento sino que toda la demanda parte de su existencia, es evidente que ambas partes contratantes serían culpables de la causa torpe. En consecuencia, cuando en la Instancia se condena a las demandadas a devolver a cada uno de los demandantes la suma de 20.000 pesetas y los intereses legales, se infringe el artículo 1.306 del Código Civil...»

(122) Cdo.: «Que aun cuando esta Sala haya declarado, entre otras, en sus Sentencias de 19 de octubre de 1944 y 8 de junio de 1957 que no toda discrepancia entre un negocio jurídico y determinados preceptos integrantes de disposiciones legales, más o menos administrativas, lleva implícita necesariamente la nulidad del primero, es lo cierto que en el supuesto aquí dilucidado, la sentencia recurrida no fundamenta la decisión invalidatoria que contiene respecto de las entregas metálicas representadas por los recibos objeto del procedimiento, exclusivamente en su disconformidad con el artículo 31 de la Ley de 15 de julio de 1954, sino también, y muy calificadamente, en que la recepción de ese numerario por parte de las recurrentes no obedeció a la voluntad concorde de los interesados libremente emitida, sino a una ficción impuesta por aquéllas a los inquilinos con el pretexto de realizar determinadas obras en la finca alquilada, que ni solicitaron los últimos, ni llegaron a ejecutar por su cuenta las demandadas, y siendo ello así, dicho fallo, ni aplicó indebidamente el artículo 31 mencionado, ni violó los 4, 1.261 y 1.275 del Código Civil y doctrina legal que se cita en los motivos segundo y tercero del presente recurso, enunciado de acuerdo con las prevenciones contenidas en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, lo que lleva consigo su decadencia.»

(123) Cdo.: «Que el motivo cuarto del recurso..., orientado a poner de manifiesto la violación por inaplicación que se estima cometida por el juzgador de instancia, de los artículos 2 y 1.306 del Código Civil... olvida que la exoneración contenida en la regla primera del segundo de los preceptos mencionados resulta inoperante cuando la «condictio ob turpem vel injustam causam», productora de la ineficacia del acto o negocio de que se trate, sea imputable exclusivamente a uno de los que en él intervinieron (Sentencias de 16 de junio de 1904 y 23 de noviembre de 1961) o cuando alguno de ellos no hubiere recibido del otro la contraprestación que le era debida como consecuencia de las obligaciones concertadas (Sentencias de 10 de julio de 1902 y 16 de octubre de 1959), que es precisamente lo que ha sucedido en el proceso de que dimana este recurso, según se desprende de los hechos que sirven de soporte a los fundamentos «de jure» de la resolución impugnada y que impiden la transgresión, por parte de ésta, de los preceptos y doctrina aducidos en el motivo.»

2.—Sentencia de 29 de abril de 1965 (124).

En juicio declarativo ordinario de mayor cuantía alegó el actor que, en documento privado de fecha 3 de noviembre de 1956, acordó con los demandados las siguientes estipulaciones:

a) Talleres X, S. L., se obligaba a suministrar al actor, al precio oficial, el 40 por 100 del fuel-oil que tuviera dicha entidad y, sin que en ningún caso la cantidad a suministrar excediera de seis toneladas mensuales.

b) En el supuesto de que los mismos Talleres no entregasen al actor la citada cantidad, le abonaría en concepto de indemnización y por cada mes en que no se verificase la entrega, la suma de 15.000 pesetas.

c) Los señores ... (demandados) se obligaban solidariamente con los repetidos Talleres, y también solidariamente entre sí, al pago de la expresada indemnización.

d) El actor se comprometía para cuando tuviese la oportuna autorización para el funcionamiento de su industria, a solicitar de la Campsa el cupo de fuel-oil correspondiente a dicha industria y, una vez le fuera concedido, quedaría sin efecto lo establecido en dicha cláusula.

Pues bien, la sociedad demandada realizó los suministros correspondientes a los meses comprendidos entre noviembre de 1956 y octubre de 1957, ambos inclusive, si bien no siempre según la cantidad concertada, e incumplió en absoluto su obligación desde octubre de 1957.

En consecuencia, sostenía el actor, que los demandados habían contraído la obligación de indemnizarle en la estipulada cantidad de 15.000 pesetas por cada uno de los meses en que habían dejado de suministrar el fuel-oil concertado, indemnización que en el pleito reclamaba.

Terminó suplicando se dictara sentencia condenando a los demandados, en la condición en que intervinieron en el documento privado de 3 de noviembre de 1956, a indemnizar al demandante con la cantidad de 15.000 pesetas por cada uno de los meses en que incumplieron la obligación entonces contraída.

Los demandados opusieron que si en el mes de octubre de 1957 suspendieron los suministros concertados, fue porque el actor no cumplía con su correlativa obligación de pagar el precio, llegando a deberles la cantidad de 16.335,24 pesetas. Opusieron también que la cantidad contratada excedía en mucho de la que el demandante necesitaba para su industria, por lo que el sobrante podía proporcionarle un considerable lucro, revendiéndolo en el mercado negro, como en realidad hacía, según era de dominio público.

(124) En el caso que esta Sentencia resuelve no se trata propiamente de intervención en materia de precios: la materia objeto del contrato es un producto monopolizado. De todos modos, la similitud de la materia y el paralelismo en la argumentación, tanto de las partes como del Tribunal Supremo, permiten la reseña de la Sentencia, como exponente de la evolución de la doctrina del Alto Tribunal en la materia que estudiamos.

Terminaron por suplicar se dictara sentencia absolvíéndoles de la demanda.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a los demandados a satisfacer al actor la cantidad de pesetas 570.000 por razón de la indemnización a que se refería el documento privado de 3 de noviembre de 1956.

Los demandados interpusieron recurso de apelación —al que se adhirió el actor— y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial correspondiente dictó sentencia confirmando totalmente la apelada.

Contra esta sentencia se recurrió en casación por violación —entre otros motivos— de los artículos 4, 1.255, 1.275, 1.305 y 1.306 del Código Civil, y de concretas disposiciones de la Ley de 28 de julio de 1927, 18 de julio de 1947, Decreto de 24 de junio de 1955 y Orden conjunta de los Ministerios de Hacienda e Industria de 24 de diciembre de 1925 (125).

(125) «Que desde la Ley de creación del Monopolio de Petróleos —28 de julio de 1927— hasta el Decreto de 24 de junio de 1955, y la Orden conjunta de los Ministerios de Hacienda e Industria de 24 de diciembre de 1955, disposiciones administrativas que se citan en este motivo, el fuel-oil es un producto monopolizado y su circulación y su venta; que como resultaba patente, el pacto por virtud del cual alguien se compromete a entregar un producto de esta naturaleza o a suministrar el mismo, es un pacto inexistente por nulidad absoluta e insubsanable que incluso puede y debe aplicarse de oficio por los Tribunales, toda vez que dicha nulidad resulta, tanto de la aplicación del artículo 4 del Código Civil, como de los artículos 1.255 y 1.275 del propio texto legal, pues el primero decreta la nulidad de pleno derecho de los actos o contratos que se opongan a un mandato o prohibición legal e idéntica conclusión se obtiene por la vía de los otros dos preceptos sustantivos que prohíben respectivamente las cláusulas contractuales contrarias a las Leyes o declaran la nulidad de los contratos con causa ilícita, esto es, la que se opone a las Leyes, lo que realmente supone una aplicación particular y concreta de la norma general del artículo 4 que contiene, como muy bien dice el Juzgado en el primer Considerando de su Sentencia, un principio general que se ha de aplicar en concordancia con las normas que regulan cada institución; que de ello se deriva la aplicación al pacto que se examina, de los artículos 1.305 y número primero del 1.306, y afirmaban como consecuencia de ello que ese pacto, que esa estipulación, es inexistente; que la Audiencia, en su primer Considerando, ... parece que aun reconociendo esta evidencia, quiere sostener que por el hecho de que el pacto figura integrado en un documento que contiene un complejo de obligaciones que cabe considerar lícitas, entonces, dicho pacto se salva de sus gravísimos defectos y se podía considerar válido; que todo esto, tímidamente, confusamente, sin claridad de argumentación, porque en el fondo no hay ninguna posibilidad de salvar de la nulidad radical un pacto tan contrario a derecho; que, sin embargo, ante el evento —muy improbable— de que se pudiera sostener tal tesis, ponían de manifiesto la evidencia de las disposiciones legales en que este primer motivo se apoya que impiden la libre disposición de un producto monopolizado y hacen inútil la eficacia de un pacto que precisamente se apoya en la posibilidad de disponer, importando poco que dicho pacto esté integrado en un documento que contenga otro tipo de obligaciones, porque lo importante es que el pacto es ineficaz y no puede producir ninguna consecuencia en derecho... por lo que a todos los efectos cabe afirmar en rotundo que el apartado a) de la estipulación tercera del documento privado de 3 de noviembre de 1956, integra, sin discusión alguna, un pacto nulo, con nulidad absoluta y, más técnicamente, inexistente en derecho...»

El Tribunal Supremo falló declarando no haber lugar al recurso, entre otras razones, por el carácter meramente administrativo de las normas cuya violación se denunciaba (126).

3.—Sentencia de 2 de noviembre de 1965.

El actor —industrial hotelero, como el demandado— formula demanda sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, alegando que concertó con el demandado un contrato de reserva de habitaciones a un determinado precio y habiendo transcurrido cierto número de días sin que se le hubieran enviado huéspedes, se le han causado perjuicios que cifra en la cantidad de 373.687,50 pesetas. Suplicaba se condenara al demandado al pago de dicha cantidad.

El demandado se opuso alegando que oportunamente había notificado la anulación de la reserva de habitaciones y que el precio concertado era superior al autorizado por el Ministerio de Información y Turismo para los establecimientos hoteleros, por lo que formulaba reconvención.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó la demanda, absolviendo al demandado y, aceptando la reconvención, condenó al actor a devolver al demandado las 150.000 pesetas que aquél adelantó como anticipo del precio en el referido contrato nulo.

Apelada la sentencia, fue revocada por la Audiencia, la cual, estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar al actor la cantidad de 191.250 pesetas, desestimando la reconvención y absolviendo de ella al actor.

Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 4 del Código Civil, en relación con el Decreto del Ministerio de Información y Turismo de 25 de junio de 1957, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, destacando, entre otros extremos, el carácter puramente administrativo de la disposición que se decía infringida (127).

(126) Cdo.: «Que el primer motivo del presente recurso, esgrimido con arreglo al número primero del artículo 1.692 de la L. E. C., no puede alcanzar el éxito que la parte impugnante desea, no sólo porque el Decreto-ley de 28 de junio de 1927, la Ley de 17 de julio de 1947, el Decreto de 24 de junio de 1951 y la Orden de 24 de diciembre del mismo año, en cuya violación se funda, carecen de eficacia a dichos fines, por su carácter meramente administrativo (Sentencias de 7 de mayo de 1934, 1 de julio de 1950 y 24 de marzo de 1965) y por su enunciación global, sin especificar cuál o cuáles sean el precepto o preceptos de los mismos que se estiman infringidos... sino también y muy especialmente porque el Tribunal de Instancia al declarar nula «in radice» la primera parte del pacto tercero, letra a) del contrato, ... aplicó correctamente los artículos 4, 1.255, 1.275 y 1.305 y apartado primero del 1.306 del Código Civil, que también se dicen violados en el motivo, y llegó a la misma solución que en él se propugna, por lo que procede su desestimación.»

(127) Cdo.: «Que la aplicación de esta doctrina hace perecer el motivo primero del recurso, ya que el Decreto de 25 de junio de 1957, del Ministerio de Información y Turismo, sobre reclamación en materia de precios y hospedajes en hoteles y similares, aparte de su carácter puramente administrativo y

4.—Sentencia de 28 de abril de 1971.

Entre actor —vendedor— y demandada se concertó contrato de venta de un piso bonificable. Al no haber hecho efectivo la compradora el último plazo, se le notificó notarialmente por el vendedor que, de conformidad con el artículo 1.504 del Código Civil, si dentro del plazo que señalaba el Reglamento Notarial para contestar, no procedía a efectuar el pago, quedaría resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa. A dicho requerimiento contestó la demandada, mediante carta al Notario requirente, manifestando que estaba conforme con la compra de la casa, pero que disentía en cuanto al precio señalado, ya que por tratarse de vivienda de protección estatal, debía éste ser el legalmente señalado.

El vendedor interpuso demanda suplicando se dictase sentencia declarando la resolución del contrato de compraventa, objeto de la litis, con pérdida para la demandada de las cantidades entregadas a cuenta, como indemnización de daños y perjuicios, según lo convenido para tal supuesto.

La demandada, al oponerse a la demanda, alegó su disconformidad con el precio pactado de forma irregular por el vendedor al omitir en el contrato la condición de bonificable del piso que vendía, cuyo precio, en consecuencia, por imperativo legal, no podía alcanzar la cifra que aparecía reflejada en dicho documento.

Suplicó que, desestimándose la demanda, se considerase válido dicho contrato de compraventa, sin que se pudiera apreciar ninguna causa resolutiva del mismo por parte de la demandada, reduciéndose el precio pactado, como abusivo e ilegal, a sus justos términos con arreglo a las normas legales que determinan el precio de las viviendas bonificables.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, declaró resuelto el contrato suscrito por el actor con la demandada, con pérdida para ésta de las cantidades mensuales entregadas a cuenta del precio estipulado, condenándola a que desalojase el piso y lo pusiera a disposición del actor en el plazo de dos meses.

Apelada la anterior sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial en los extremos antes indicados.

Por la representación de la demandada se interpuso recurso de casación por violación —por no aplicación— del artículo 9 del Decreto-ley de 19 de noviembre de 1949 sobre Viviendas Bonificables y, de forma subsidiaria, de los artículos 28 del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial, de 24 de julio de 1963, y 127 de su Reglamento, de 24 de julio de 1968 (128), así como por violación

de no establecer la nulidad como sanción aplicable al precio abusivo... no contempla el contrato de reserva de hospedaje concertado entre dos industriales para que uno de ellos aloje huéspedes en el establecimiento del otro...»

(128) «Que lo cierto es que, ya tenga aplicación una normativa u otra, el piso de autos tiene unas limitaciones legales en cuanto a su venta, y ello tiene otras consecuencias que las meras de tipo administrativo, como la Sentencia recurrida dice en su segundo Considerando... Que, a mayor abundamiento, es

—también por no aplicación— del artículo 1.255, en relación con el 4, del Código Civil, preceptos estos que, a juicio de la recurrente, fundan la nulidad parcial —nulidad del pacto sobre el precio, manteniéndose vivo el contrato en el resto de su contenido— de la compraventa (129).

inadmisible considerar las disposiciones legales sobre viviendas de protección oficial, de tipo meramente administrativo, ya que con ello se quebrantaría la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que exige que las disposiciones administrativas se ajusten a una determinada jerarquía normativa y, cuando sean de carácter general, reúnan los requisitos de publicidad y entrada en vigor exigidos en el título preliminar del Código Civil, circunstancias que concurren en dichas normas legales. Que en el caso debatido, y de acuerdo con la doctrina de este Tribunal citada y de las disposiciones legales asimismo citadas, al tratarse de una vivienda bonificable, cuyo precio de venta ha establecido de una manera taxativa la legislación aplicable, no puede el vendedor, hoy recurrido, fijar un precio abusivo, como el pactado en el contrato de compraventa que nos ocupa, pues ello supone vulnerar las leyes protecciónistas de tales tipos de viviendas, dictadas en beneficio de los que careciendo de hogar donde cobijarse puedan acceder al mismo, bien por arrendamiento, bien por compra, dentro de unos márgenes en cuanto al precio de dichas viviendas, que permitan cumplir el fin marcado por tales leyes, sin enriquecimiento para ninguno de los beneficiarios... por lo que debe ser estimado el presente motivo, máxime si se tiene en cuenta que se puede afirmar categóricamente que el precio de viviendas bonificables, por estar incluido en las de protección estatal, ... es un precio tasado legalmente, que los particulares no pueden convenir libremente al estar excluido del principio de la autonomía de la voluntad privada que rige normalmente en materia contractual.»

(129) «Segundo: ... por haber incidido la sentencia recurrida en infracción de ley por violación por no aplicación del artículo 1.255 del Código Civil, en relación con el 4 del mismo cuerpo legal. Y alega que el artículo 1.255, citado, tiene un doble alcance, ya que, de un lado, reconoce la libertad de contratación, acorde con la voluntad de los interesados y, por otro lado, restringe dicha libertad en cuanto se oponga a las leyes, a la moral y al orden público... Que suponiendo la nulidad parcial por mandato de la Ley, aun cuando el Código Civil no contiene una regla general, admitiendo y regulando la nulidad parcial en numerosos artículos, se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio jurídico, teniéndose por no escrita, o bien que, declaradas nulas dichas cláusulas, no hacen nulo el negocio: '*vitiatur sed non vitiat*'. Que en cuanto a la nulidad parcial conforme a la interpretación del negocio, la doctrina se inclina a considerar la cuestión de la posible validez parcial del negocio excluyendo la parte tachada de nulidad, como un problema de interpretación del negocio... Que respecto a la nulidad parcial para evitar el fraude de ley, la conservación de la validez del negocio, excluyendo los pactos o condiciones nulas, ha resultado imprescindible como remedio masivo para evitar el fraude de las leyes... Que el fundamento de la conservación y subsistencia del negocio jurídico viciado de nulidad parcial, hay que buscarlo en los supuestos en atención a los cuales la ley realiza la sustitución, presupuestos que radican «en la exigencia de la voluntad colectiva de sobreponerse a la autonomía privada para proveer a la satisfacción de intereses mediante el sacrificio de aquellos pactos de las partes y en el principio de economía jurídica, ligado al interés social». Que el primer presupuesto ostenta un acusado matiz social... Que el particular tratamiento a que se somete el negocio jurídico responde a una exigencia social evidente e imperiosa que justifica su efecto decididamente restrictivo a la autonomía privada. Que la voluntad colectiva es favorable a la conservación de las relaciones jurídicas mediante la inscripción automática de las cláusulas legales, porque tal conservación redonda en definitiva en ventaja de los intereses comunes, y así el carácter de esta solución: nulidad parcial, es el único medio eficaz de tutela de la voluntad colectiva. Que todo lo anterior lleva a la con-

El Tribunal Supremo falló declarando no haber lugar al recurso, por no estimar probado lo abusivo del precio (130) y por entender que, aun cuando este extremo se hubiera demostrado, no sería la nulidad la sanción procedente (131). Rechaza además el Tribunal Supremo la tesis de la nulidad parcial (132).

5.—Sentencia de 20 de marzo de 1972.

Demandaba en el pleito el comprador de un piso de protección oficial, alegando:

Que el vendedor (demandado) le vendió dicho inmueble, el 13 de julio de 1965, al precio, mutuamente convenido y aceptado, de 200.000 pesetas, precio que se ajusta al señalado como máximo por las disposiciones que regulan esta materia.

Que, según se estipuló en el contrato, el comprador se obligó a abonar el interés del 5 por 100 anual, hasta el completo pago del valor total del piso, así como los gastos que derivasen del contrato, escritura, plusvalía y demás.

Que en el mismo contrato se insertó una cláusula según la cual «ambas partes acuerdan una mejor forma de pago que les pudiera llegar a interesar».

Que por ello, interesándole al comprador el pronto pago del precio, entregó a cuenta: 50.000 pesetas en la misma fecha de la celebración del contrato; 150.000, el 29 de enero de 1966 y 30.000 el 9 de mayo del mismo año.

clusión... de considerar que todo pacto nulo, como es el precio estipulado en la compraventa que nos ocupa... no produce la nulidad absoluta del negocio jurídico. Que por lo expuesto procede la casación de la Sentencia recurrida, considerando que el pacto del precio es nulo y sin que ello suponga la nulidad del negocio jurídico de compraventa que le ampara.»

(130) «Porque de los hechos que se afirman como ciertos en la Sentencia recurrida, y que no han sido desvirtuados en el recurso a través del cauce formal adecuado, no se desprende con claridad que el precio de la compraventa litigiosa rebasa los límites cuantitativos que para estas enajenaciones señala la legislación de viviendas protegidas, con lo que los motivos primero y tercero... carecen de soporte fáctico en que apoyarse.»

(131) «...la venta estaría permitida... siempre que se atemperase al precio fijado en la calificación definitiva del inmueble... y, si bien es cierto que el mismo no podía ser sobrepasado... no por ello su conculcación determinaría la invalidez del contrato, por restablecerse el orden jurídico perturbado a través de otros resultados, como los que se reseñan en los artículos 35, apartado c), de la Ley y 155, párrafo tercero, del Reglamento y, sobre todo con el reintegro a los adquirentes de las cantidades indebidamente percibidas (artículo 36, apartado b), de la Ley y 155, párrafo final, del Reglamento), con lo que sin necesidad de nulidad, se conseguirían los efectos que los recurrentes propongan...»

(132) Cdo.: «Que el decaimiento de los anteriores motivos provoca el del segundo... porque la declaración de que el contrato litigioso se llevó a efecto sin contravenir ninguna norma legal que imponga de pleno derecho su ineeficacia, lleva implícita la desestimación de su nulidad parcial en virtud del apotegma jurídico «plus semper in se continet quod est minus», y porque según el criterio sustentado por la Sentencia de 9 de enero de 1958, no es posible dividir la convención y el precio en dos porciones distintas, una hasta el tope de la tasa y otra en cuanto excede de ésta, a efectos de nulidad, por ser únicos ambos conceptos.»

Que muchas veces ha sido requerido el vendedor para que otorgara la correspondiente escritura pública, culminando estos requerimientos por la celebración de acto de conciliación en el que no pudo lograrse avenencia.

Terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declarase que el demandante es propietario desde el 13 de julio de 1965, del piso objeto del litigio; que para el pago de dicho piso tiene el comprador abonado el importe íntegro del precio, más la cantidad de 30.000 pesetas, que ha de tenerse en cuenta en la liquidación final, para los intereses y gastos que se produzcan en la escritura pública; que el demandado viene obligado, tan pronto sea firme la sentencia que se dicte, a otorgar la escritura pública donde consten los particulares apuntados en los incisos anteriores.

El demandado se opuso alegando:

Que tan pronto obtuvo licencia municipal, inició la construcción del bloque de viviendas de que el piso, objeto del litigio, es parte, introduciendo previamente sensibles modificaciones en el anteproyecto inicial, modificaciones encaminadas a transformar en viviendas de lujo las concebidas en principio como viviendas de clase media.

Que estando en período avanzado de construcción aquel edificio, el demandante, tras conocer las mejoras que se estaban introduciendo en la edificación y tras visitar la obra detenidamente y ponerse en antecedentes de que la misma estaba acogida a los beneficios concedidos por el Ministerio de la Vivienda y calificada provisionalmente como vivienda de renta limitada subvencionada, con fecha 13 de julio del año 1965, convino con el demandado la compraventa de la vivienda sita en la planta séptima del edificio, letra D, en el precio directo de 580.000 pesetas.

Que ambos contratantes convinieron simular dos contratos de compraventa: uno de ellos con un precio simbólico, 200.000 pesetas, por la vivienda, y otro, por un garaje en la misma casa, por el resto del precio convenido, es decir, por 380.000 pesetas.

El mismo demandado formuló reconvención fundamentada en el hecho de que, habiendo convenido las partes como precio de aquella vivienda la cantidad de 580.000 pesetas y entregado el comprador al vendedor, a cuenta de tal cantidad, exclusivamente la suma de 230.000 pesetas, adeuda aquél al demandado, en concepto de partes pendientes del precio convenido, la cantidad de 350.000 pesetas.

Terminó suplicando se dictara sentencia por la que, desestimando la demanda del actor y estimando la reconvención, se condene al mismo actor a satisfacer al demandado la cantidad de 350.000 pesetas en concepto de parte del precio impagado.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda y la reconvención, declaró: *Primer. Que el actor es propietario, desde el 13 de julio de 1965, del piso objeto del litigio, con derecho al garaje, para lo que ha satisfecho 230.000 pesetas. Segundo. Que el mismo actor ha de satisfa-*

cer al demandado la cantidad de 350.000 pesetas como resto impagado del precio del piso.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte demandante, la Audiencia Territorial dictó sentencia declarando: *a) Que el apelante es propietario del piso desde el 13 de julio de 1965, por el cual había satisfecho hasta entonces la cantidad de 230.000 pesetas. b) Que dicho apelante ha de satisfacer al vendedor el resto del precio legal de dicha vivienda, que es de 281.944,80 pesetas, y de las mejoras introducidas en ella, por un valor de 45.000 pesetas, que en conjunto hacen la suma de 96.944,80 pesetas.*

Contra esta sentencia interpuso el vendedor-demandado recurso de casación por violación de los artículos 1.098, 1.255, 1.258 y 1.278 del Código Civil, así como del principio general «*pacta sunt servanda*», preceptos y principio que consideraba violados por la sentencia recurrida, al mantener en vida el contrato, rebajando al legal el precio convenido (133). Fundó también el recurso en la su-

(133) «La sentencia impugnada, que no desconoce la existencia de la comprobavantia en este caso... viene a decir después, en el mismo Considerando segundo, que '... las normas de carácter imperativo, fundadas en una política de protección social a las viviendas, su transgresión no acarrea como consecuencia civil la nulidad del contrato, sino la del pacto o estipulación convenida', como si esto, el pacto o la estipulación, no formara parte del contrato o no supusiera entonces una nulidad parcial que ha sido lo que se ha comenzado por no admitir, de acuerdo con el criterio doctrinal y jurisprudencial que la misma sentencia impugnada invoca al comienzo de aquel Considerando. Ahí, en esa última declaración es en donde se produce la violación de los preceptos del Código Civil que hemos dejado enunciados, de los artículos 1.255, 1.258 y 1.278, y ante todo de aquel consagrado principio de derecho que se enuncia como '*pacta sunt servanda*', tan reiteradamente reconocido en la Jurisprudencia. La libertad de pactos, que establece y consagra el artículo 1.255 del Código Civil es contrariada y anulada por la sentencia recurrida en base a una confusa estimación de una simulación y de una infracción de una norma administrativa... el artículo 1.255 proclama el principio de autonomía de la voluntad, con los límites naturales, afirmando rotundamente, respecto a las obligaciones, el artículo 1.098 que las que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos —'*pacta sunt servanda*'— en aras del valor y eficacia de lo libremente estipulado al servicio de la seguridad jurídica y del público interés para el mantenimiento del orden social. ... Aun cuando se considere que se infringieron disposiciones administrativas, no por ello es ni puede ser nulo el contrato, en todo ni en parte, sino válido, eficaz y obligatorio para las partes, procediendo la casación por este motivo, de la sentencia que se impugna, en cuanto decide y falla contra tan clara doctrina, vulnerando los ya citados preceptos legales del orden civil sustantivo. Si en contra de lo que hemos expuesto anteriormente, al haberse convenido un precio superior al permitido oficialmente y contraviniendo lo dispuesto en una disposición legal sobre el precio de venta de las viviendas subvencionadas de protección oficial, se estimase que se trata de un acto contrario a la prohibición legal y que, como tal, ha de ser el contrato nulo '*ipso jure*', según el artículo 4 del Código Civil, esa nulidad sería radical y absoluta, sin posibilidades de convalidación. El efecto jurídico sería entonces otro distinto también completamente del atribuido por la sentencia impugnada, porque entonces, salvo vulnerar dicho artículo 4 del Código Civil, tal efecto no podría ser otro que el previsto en el artículo 1.303 del mismo Código: restitución a cada una de las partes de las prestaciones recíprocas efectuadas.»

puesta violación de los artículos 1.275 y 1.276, también del Código Civil (134).

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, afirmando, ya sin reparos, la no incidencia en el campo civil de la infracción de las normas administrativas que intervienen en materia de precios (135).

6.—Sentencia de 18 de octubre de 1972.

Los demandantes, compradores de sendos pisos calificados como viviendas de protección oficial subvencionadas, alegan:

Que concertaron con el demandado la compraventa de dichas viviendas, a las que se fijó como precio provisional una determinada cantidad, según el tipo de las mismas.

Que en los contratos se hizo constar que el precio total y definitivo sería el que autorizara en su día la cédula de calificación definitiva, ya que el establecido en los contratos, lo fue con carácter provisional, sometiéndose las partes, en su virtud, a lo que en su día disponga el Ministerio de la Vivienda.

Que el 7 de septiembre de 1968 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* nuevo Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, en

(134) «Para que el contrato de venta del garaje que la sentencia impugnada reputa como afectado de simulación relativa, no produjese efecto alguno, sería preciso que, en contra de lo que parece demostrado y la propia sentencia recurrida reconoce, no contase con una causa verdadera y lícita. Esa causa verdadera y lícita de dicho contrato existe: es la de venir a expresar que además de la vivienda se vende el garaje. La vivienda, en un contrato y el garaje, en otro. Que el precio se reparta arbitrariamente entre los dos contratos no desnaturaliza el contrato, ni lo priva de causa... lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.276 del Código Civil, determina el que no se pueda dar lugar a la nulidad en la forma en que lo hace la sentencia recurrida.»

(135) Cdo.: «Que el fundamento en que se apoya la sentencia de segundo grado para revocar la de primer grado, en la que con base precisamente en los preceptos invocados como violados en los motivos aludidos se desestimaba la demanda, es la consideración de que la contratación, sea en alquiler o en venta, que hagan los promotores de viviendas de protección oficial, en contraprestación de las facilidades y ayudas oficiales que reciben para la construcción, según el Decreto-ley de 23 de julio de 1963 y sus modificaciones posteriores, no pueden rebasar los precios que se fijan en la calificación definitiva de lo edificado; pero ello no significa, como la misma instancia reconoce, que cuando no se respeten aquellas cantidades fijadas como precio de alquiler o de venta, el acto sea nulo de pleno derecho conforme al artículo 4 del Código Civil, sino que, siendo perfectamente válido civilmente el acto realizado, conforme al principio de libertad de contratación, sentado en el artículo 1.255 del Código Civil, la violación del precepto administrativo, cometido precisamente por el acto civil válido, pondrá en marcha el mecanismo corrector que para el caso la propia Ley de 23 de julio de 1963 prevé en su artículo 155 contra los infractores: pérdida de la condición de promotor, pérdida de las condiciones ventajosas del préstamo, descalificación de la vivienda, etc., medidas que tienen como punto de partida el contrato civil, que sin su eficacia carecerían de razón de ser y que han de ser aplicadas en un expediente administrativo regulado en el artículo 157 y siguientes de la propia Ley y no por los Tribunales civiles; consideraciones que son, en definitiva, las puestas de relieve tanto en la sentencia de primer grado, como en el voto particular y en los motivos del recurso, antes aludidos, que han de ser estimados para casar la sentencia impugnada, sin necesidad de examinar el resto de los propuestos.»

el que se establecen nuevos precios por unidad de superficie construida para este tipo de edificaciones. Ateniéndose el Ministerio de la Vivienda a estos nuevos tipos y aplicándolos indebidamente, libró cédula de calificación definitiva respecto de las construidas por el demandado, en la que se fijaba cuadro de precios más elevados.

Que, entregada la cédula de calificación definitiva, los demandantes fueron requeridos, con base en los precios consignados en ella, para firmar letras de cambio por la diferencia entre este precio y el señalado con carácter provisional.

Que al tener conocimiento el Gobierno de la equivocada interpretación que algún Organo del Ministerio de la Vivienda venía dando al nuevo Reglamento, enriqueciendo involuntariamente a los constructores a expensas de los adquirentes de las viviendas, el Consejo de Ministros, celebrado el 10 de julio de 1969, promulgó Decreto, número 1.422.

Que, publicado dicho Decreto, los demandantes acudieron al Instituto Nacional de la Vivienda, al objeto de que se anulara la cédula de calificación definitiva de las viviendas a que se refiere el presente litigio y se expediera otra nueva, ajustada a los precios de la legislación anterior al 7 de septiembre de 1968, lo que dio lugar a que el Director General del Instituto Nacional de la Vivienda contestara, en comunicación de 13 de noviembre de 1969, en la que, interpretando el Decreto de referencia, declaraba: *a)* Que el primer párrafo del artículo único del Decreto del Consejo de Ministros, antes mencionado, es de aplicación a todos los contratos de venta con precio anticipado de viviendas subvencionadas, celebrados con anterioridad al 7 de septiembre de 1968, en que se hubiese pactado que el precio sería fijado por el Instituto Nacional de la Vivienda, en la calificación definitiva, circunstancias, todas, que concurren en el presente caso. *b)* Que a ello no obsta que dichas viviendas hubieran sido calificadas definitivamente antes de la publicación de la disposición transitoria quinta del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, de 24 de julio de 1968, pues tal calificación quedó derogada por la publicación del Decreto del Consejo de Ministros, de 10 de julio de 1969. *c)* Que la cédula de calificación definitiva extendida en el presente caso, lo fue con arreglo a la disposición transitoria quinta del expresado Reglamento y, por tanto, ha de entenderse sin eficacia en lo que contradiga a la disposición contenida en el Decreto de 10 de julio, lo que hace innecesaria la expedición de nueva cédula. *d)* Por último, que si el promotor, requerido por nosotros, no acepta esta correcta solución, incumple su obligación y consiguientemente será objeto del oportuno expediente sancionador.

En fuerza de lo anterior, terminaron suplicando se dictara sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

a) Declarar que los precios consignados en los contratos con carácter provisional son los definitivamente válidos y eficaces, por ser los procedentes según la legislación en vigor con anterioridad a la publicación en 7 de septiembre de 1968 del Reglamento de Vi-

viendas de Protección Oficial, de 24 de julio del mismo año, por expresa disposición del Decreto de 10 de julio de 1968.

b) Declarar nulos e ineficaces los precios consignados para todas las viviendas en la cédula de calificación definitiva, expedida por el Instituto Nacional de la Vivienda el 29 de mayo de 1969, a virtud de haber quedado invalidada dicha cédula por el Decreto de 10 de julio de 1969.

.....

f) Declarar nulas y sin eficacia alguna las letras de cambio aceptadas por los demandantes y aun insatisfechas, letras que le fueron entregadas al demandado con motivo de la compraventa a que se refiere este litigio y en las que se refleja el exceso de precio contenido en la cédula de calificación definitiva e invalidado por el Decreto de 10 de julio de 1969.

Admitida la demanda, fue contestada por el demandado, quien suplicó se le absolviera de la misma.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que en apelación fue revocada.

Interpuesto por los actores recurso de casación, fundado —entre otros motivos— en violación, por no aplicación, de los artículos 4 y 1.255 del Código Civil (136), fue desestimado por el Tribunal Supremo al considerar éste que el pacto de fijación del precio era eficaz con arreglo al artículo 1.447 del Código Civil (137) y que no entra en las atribuciones de la Jurisdicción Civil el resolver sobre la eficacia de una cédula de calificación definitiva (138).

(136) «...al violar la sentencia recurrida por inaplicación, lo dispuesto en los artículos 4 y 1.255 del C. C. en relación con el Decreto de 10 de julio de 1969, en su primer párrafo, al no tener en cuenta la invalidez de cualquier acto contrario a su contenido e imponer la necesidad de respetar el precio consignado en la cédula de calificación definitiva, responda o no a los precios legales.»

(137) Cdo.: «Que de acuerdo las partes en que el precio de las viviendas sería el fijado en la calificación definitiva por el Organismo administrativo encargado de hacerlo, tal pacto es eficaz, con arreglo al artículo 1.447 del Código Civil en cuanto expresa que para que se estime cierto el precio bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, aquí por el carácter de viviendas subvencionadas, el que fije en la calificación definitiva el Instituto de la Vivienda, y las partes están de acuerdo en cuál fue este precio y por las circunstancias en que se fijó su cuantía, norma consignada en la disposición transitoria quinta del Reglamento de 24 de julio de 1968, publicado en 7 de septiembre de 1968 y con vigencia de 1 de enero de 1969.»

(138) Cdo.: «Que, fijado tal precio en la calificación definitiva, no es la Jurisdicción Ordinaria la que puede resolver sobre la eficacia o ineficacia de tal calificación en todo o en parte, pues por mandato expreso del artículo 98 del referido Reglamento de 24 de julio de 1968 'la calificación definitiva sólo podrá ser modificada o anulada mediante los procedimientos señalados en el título quinto de la Ley de Procedimiento Administrativo y ejercitando, en su caso, los correspondientes recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa'; y como en el caso debatido tales procedimientos no han sido utilizados, sino que los actores recurrentes aspiran a que sea esta jurisdicción civil la que resuelva sobre la ineficacia del precio fijado en la calificación

b) Comentario.

La similitud de las sentencias comprendidas en esta tercera época permite el comentario global a las mismas, centrado en dos puntos fundamentalmente: de una parte, se ve afianzarse, aunque sin éxito, la línea —ya apuntada con igual fortuna en la segunda época— de solución del problema estudiado sobre la base de la nulidad parcial del contrato infractor; de otra, se generaliza de modo gradual la minimización de la transcedencia civil de la infracción de las normas sobre precios.

Fijémonos en primer lugar en este segundo dato. ¿Cómo pasa el Tribunal Supremo de su postura de afirmación de la nulidad del contrato infractor, al mantenimiento de la tesis de su validez civil, limitando al campo de lo administrativo los efectos de la violación del precio legal? Podría pensarse en lo insatisfactorio de los resultados a que llegaban las sentencias de la primera y segunda épocas. Sin embargo, nos inclinaríamos más a pensar que la razón determinante del cambio radicaría más bien en la mayor transcedencia de la declaración de nulidad, dado el campo en que en esta época se van a dar las infracciones (materia, sobre todo, de viviendas). Siendo importante la declaración de nulidad, e. c., de la venta de una partida de aceitunas o de un camión, es evidente que mucha mayor transcedencia tiene la nulidad de la compraventa o del arrendamiento de una vivienda, con el consiguiente desalojo del inmueble, tras la declaración de la misma.

Sin embargo no ha sido esta razón la que efectivamente ha motivado al Tribunal Supremo a adoptar este nuevo rumbo. Prueba de ello es el caso antes examinado en cuarto lugar, y resuelto en sentencia de 28 de abril de 1971, caso en el que, opuesta por la demandada la invalidez del pacto abusivo sobre el precio, el Tribunal Supremo mantuvo su eficacia, dejando en pie la sentencia que declaraba su incumplimiento y condenaba a la compradora, en fuerza del mismo, a desalojar el piso. En este caso es evidente la contradicción entre el espíritu social de la normativa administrativa en materia de viviendas y el criterio del Tribunal Supremo. La misma observación podría hacerse a propósito de la sexta sentencia y, aun cuando en menor grado dadas las circunstancias del caso, con ocasión de la examinada en quinto lugar.

No es, pues, el deseo de mantener en vida los contratos, en favor de la parte débil, lo que motiva la afirmación de la validez civil de los mismos, no obstante haberse contravenido en ellos las normas sobre precios.

definitiva, materia que no le está atribuida por el artículo 98 citado, se impone declarar que, no modificada tal calificación de las viviendas ante las jurisdicciones y trámites legales, se hace preciso respetar tales calificaciones definitivas como válidas y eficaces, y, en su consecuencia, sin necesidad de especial estudio de los motivos del recurso, que parten del supuesto erróneo de que ante los Tribunales civiles se pueden atacar tales calificaciones, se impone la desestimación del recurso, con su natural consecuencia de imposición de costas.»

Es más —y con esto pasamos al otro dato más sobresaliente en esta tercera época—, si fuera éste el criterio rector, nuestro más Alto Tribunal habría acogido como medio, el más idóneo, al servicio de esta razonable política social la tesis de la nulidad parcial del contrato infractor. Por esta vía llegaría al mantenimiento del contrato, en favor del contratante protegido, y a la rectificación de su parte nula mediante la inserción automática, en su lugar, de la disciplina legal al respecto.

Pues bien, brindada esta tesis en exposición técnicamente muy bien fundada en el segundo motivo de casación del caso examinado en cuarto lugar, el Tribunal Supremo la rechaza sobre la base de que, no estando prevista ni justificada la nulidad total del contrato infractor, mucho menos puede estarlo su nulidad parcial, ya que «plus semper in se continet quod est minus». No cabe más desafortunada concepción de lo que es la nulidad parcial en evitación del fraude a la ley. Por lo demás, es de destacar que también la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, en el caso expuesto en quinto lugar, aplicó la tesis de la nulidad parcial, siendo casada por el Tribunal Supremo.

¿Y la sentencia vista en sexto lugar? Es una expresiva muestra de la desorientación del Tribunal Supremo en materia de precios de imperio. Supuesta toda una legislación de viviendas protegidas y producido expresamente un Decreto del Consejo de Ministros con la exclusiva finalidad de aquilatar en la eficacia tuitiva de la misma, todavía el Tribunal Supremo mantiene que en relación con el precio de dichas viviendas «el acuerdo de las partes» puede funcionar como elemento determinante (Considerando segundo). ¿Dónde queda entonces el valor de la legislación social? ¿Cómo puede hablarse de «pacto eficaz» sobre materia imperativamente regulada?

Terminemos, pues, este breve comentario, y con él la parte dedicada al examen de la Jurisprudencia Civil del Tribunal Supremo sobre la materia que estudiamos, constatando la inexistencia entre nosotros de un criterio jurisprudencial claro y constante sobre los efectos civiles de la infracción de los precios legales. El tema, por su importancia, merece una mayor atención y un más cuidadoso tratamiento.

III. ELABORACION DOCTRINAL DEL TEMA

A) NULIDAD, EN PRINCIPIO, DEL CONTRATO INFRACTOR DE LA LEY INTERVENTORA EN MATERIA DE PRECIOS

1. *El contrato nulo y sus causas.*

«Diferenciado el negocio nulo —dice De Castro— de los negocios anulables y de los rescindibles, se caracteriza el primero por estar afectado de una nulidad absoluta o radical, entendiéndose, entonces, como negocio nulo aquel cuya ineeficacia es intrínseca, es decir,

cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio» (139).

En parecidos términos se expresa Díez Picazo: «En la doctrina —dice— se suele definir el contrato nulo diciendo que es aquel que por causa de un defecto, no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente, y se considera el contrato a este respecto como no realizado (*nullum est negotium; nihil est actum*)» (140). Felizmente lo ha caracterizado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 1933, como «un acto sin efectos congruos de ninguna clase en el ámbito jurídico».

Según el mismo Díez Picazo, pueden considerarse como factores desencadenantes de la nulidad, los siguientes:

1.—El haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada, es decir, aquéllos límites dentro de los cuales, y sólo dentro de los cuales, el ordenamiento jurídico considera tutelable una regulación autónoma de intereses.

Como quiera que los límites genéricos de la autonomía privada se encuentran formados por la ley, la moral y el orden público (1.255 CC), deben contarse como contratos nulos por esta razón: los contratos prohibidos o ilícitos, es decir, aquellos que se celebran en contra de lo dispuesto por la ley (4 CC); los contratos que por su naturaleza o por su finalidad deben considerarse como inmorales, y los contratos contrarios al orden público.

2.—La inexistencia, la falta absoluta de determinación o la ilicitud del objeto del contrato.

3.—La inexistencia o la ilicitud de la causa.

4.—La falta de forma, cuando la forma venga exigida por la ley como requisito *«ad sollemitatem»* (141).

Pues bien, supuesto lo anterior, ¿debe considerarse nulo el contrato celebrado contra la ley de Tasas?

2. *Dudas en la Jurisprudencia y en la doctrina sobre la aplicabilidad de los artículos 4 (hoy 6, 3) y 1.255 del Código Civil al contrato infractor de las normas de tasa.*

La legislación de tasas —ya lo vimos— guardaba silencio al respecto, razón ésta por la que Moreno Mocholí calificaba sus normas como «leyes perfectas, porque contienen sanción adecuada a su desconocimiento, pero *«minus quam perfectas»*, en cuanto no atacan la eficacia del acto en que la infracción se cometía» (142). El problema deberá, por ello, ser resuelto en base a los artículos 4 y 1.255 del Código Civil (143).

(139) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 472.

(140) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 301.

(141) DÍEZ PICAZO: *Op., cit.*, págs. 301-302.

(142) MORENO MOCHOLÍ: *Op., cit.*, pág. 461.

(143) De una vez por todas, advertimos en este lugar que la referencia al artículo 4 debe entenderse hoy hecha al artículo 6, 3. Tras la reforma del Título Preliminar del Código Civil, el antiguo artículo 4 ha quedado redactado

Pero, ¿puede llegarse a una solución clara e inequívoca en base a estos preceptos? El hecho cierto es que hasta ahora, doctrina y Jurisprudencia no lo han conseguido.

La Jurisprudencia ha puntualizado que el artículo 4 «se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que restringe mucho la eficacia práctica del mismo y no ha de ser interpretado rígidamente, sino como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, no siendo preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, ni cabe pensar que cualquier disconformidad con aquélla haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad» (144).

Por ello, en los casos en que la ley no se pronuncia expresamente sobre la nulidad o validez del acto infractor, «el juez ha de extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado por lo que el Código califica de «causa torpe» (145).

A la luz de estas citas se adivina ya que el criterio jurisprudencial no va a ser claro ni uniforme en la materia que ahora nos ocupa. Buena prueba de ello hemos encontrado ya en el anterior examen de la Jurisprudencia.

Pero es que tampoco la doctrina ha llegado a formar en este punto una opinión unánime. En la primera parte de nuestro trabajo tuvimos ocasión de comprobar cómo la naciente intervención estatal en el mundo del contrato, trataba de asegurar su efectividad adscribiendo al orden público la materia intervenida, logrando de este modo que la infracción de la medida legal de tal rango acarreara «eo ipso» la máxima sanción civil del negocio infractor (146).

Ello no obstante, y en nuestra doctrina actual, no faltan quienes se muestren contrarios a la nulidad del contrato con precio ilícito,

en los siguientes términos: Art. 6, 3. «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.»

(144) Sentencia de 19 de octubre de 1944.

(145) Sentencia de 22 de febrero de 1964; en el mismo sentido, la sentencia, antes citada, de 2 de noviembre de 1965. Amplia referencia sobre la aplicación del artículo 4 por el T. S. en DE CASTRO: *El negocio jurídico*, pág. 473, y en SANTOS BRIZ, *op. cit.*, pág. 243.

(146) Cfr. RIPERT: *Le Régime...*, *cit.*, págs. 255 y ss. *Aspects juridiques...*, página 46; HERMARD: *Op. cit.*, págs. 354-355. En la doctrina más reciente, y en el mismo sentido, podríamos citar hoy a LIMPENS, Jean: *La vente en Droit Belge*, *cit.*, págs. 434-435: «La sanction civile, d'autre part, résulte des principes généraux du Droit, tels qu'ils sont exprimés dans les articles 6 et 1.131 du Code Civil: la vente conclue en meconnaissance du prix normal ou du prix maximum est contraire à l'ordre public el partant, frappée de nullité absolue...»

por superior al imperativamente fijado por la ley, o quienes, al menos, no consideren que por la razón apuntada, y de modo necesario, el mismo contrato deba ser considerado civilmente nulo.

Partidario de la primera opinión es Santos Briz. El solo hecho de la contravención de la norma administrativa que fija precios de tasa no es bastante para fundar la nulidad ex artículo 4 del contrato infractor. Requírese, además —dice siguiendo la criticable doctrina sentada en la Sentencia de 21 de junio de 1963—, que la Administración haya declarado la existencia de la vulneración, que no haya habido concurrencia de culpas, y que se haya instado la nulidad ante los Tribunales civiles (147).

Para Díez Picazo, en cambio, la nulidad del negocio infractor, ni se excluye, ni debe considerarse como la única solución posible; cabría limitar la sanción sólo a la esfera administrativa (148).

¿Qué pensar ante tal diversidad de opiniones y de soluciones, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia? ¿Será posible la adopción de un criterio uniforme y claro, superador de la vacilación actualmente imperante? Creemos que sí, y a lograrlo se encaminan las líneas que siguen.

3. Intento de superación de las anteriores dudas.

En primer lugar hemos de observar que la solución al caso que estudiaremos puede venir no solamente por la vía del antiguo artículo 4 (hoy 6, 3) del Código Civil. Dicho precepto, referido a todos los actos y no sólo a los contratos, «tiene por objeto señalar la 'vis intrínseca' de la norma legislativa» (149). Con independencia de él, el artículo 1.255 limita el campo dejado al libre juego de la autonomía privada en la esfera contractual. Dichos límites vienen marcados, además de por la ley, por la moral y el orden público. También por esta vía hemos de buscar solución a nuestro problema (150).

(147) SANTOS BRIZ: *Op., cit.*, pág. 245: «Pese a que las declaraciones de nuestro T. S., en este punto no son unánimes, podemos considerar como exponente de un criterio racional y aceptable las declaraciones de la sentencia de 21 de junio de 1963.» Transcritas, en el comentario que a dicha sentencia hicimos en páginas anteriores, las conclusiones de SANTOS BRIZ, omitimos ahora su repetida relación, remitiéndonos a aquel lugar. Cfr., pág. 146.

(148) DÍEZ PICAZO: *Estudios de Jurisprudencia Civil*, T. I., pág. 541: «En puros términos teóricos, el problema admite dos soluciones: una, la validez y la obligatoriedad en vía civil del contrato, sin perjuicio de aplicar al acto ilícito las sanciones penales, o las multas que les correspondan; otra, la ineeficacia del contrato como contrario a la ley. La mayor parte de los autores y la Jurisprudencia del T. S. se inclinan por esta segunda solución, la cual está, indudablemente, bien fundada. Tratándose, sin embargo, de una nulidad que no se encuentra expresamente ordenada y que sólo entra en juego por aplicación de la cláusula general del artículo 4 del Código Civil, será, a nuestro juicio, necesario examinar en cada caso la *ratio* de la ilicitud y comprobar en qué medida la nulidad del negocio viene exigida por los principios generales del Derecho.»

(149) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., pág. 536.

(150) MORENO MOCHOLI: *La legislación de tasas...*, cit., pág. 462: «Mayor amplitud permite el contenido del artículo 1.255 si lo consideramos, no desde el punto de vista de la ley, por serle aplicables los mismos razonamientos ex-

En efecto, ¿en qué relación se encuentra el contrato infractor de las normas estatales sobre precios, con los límites del artículo 1.255?

a) El contrato infractor, como contrato «contra legem».

Atendamos en primer lugar a los límites marcados por la ley. Es por aquí por donde el artículo 1.255 pasa a través del más general artículo 6, 3. El contrato «contra legem», como particular acto contrario a la ley, será nulo, a no ser que la misma ley ordene un efecto distinto para el caso de su contravención.

1') Pero —y éste es el primer problema que ahora tenemos que resolver—, ¿exigen los artículos 6, 3 (el antiguo artículo 4) y 1.255 que la disposición infringida por el acto o contrato sea «ley» en sentido técnico estricto, o deben considerarse nulos también los actos contrarios a normas de rango menor?

Castro nos va a dar la solución. «En el Código Civil —dice— y en los demás textos legales vigentes, se utiliza el concepto de ley siempre como norma jurídica de derecho positivo, pero en los siguientes sentidos que es necesario distinguir: La ley, como norma de derecho positivo; la ley, en segundo lugar, como norma estatal, y en tercer lugar, la ley puede emplearse en el estricto sentido de norma estatal primordial.» Pues bien, cuando el Código Civil emplea la palabra ley en el segundo de los anteriores sentidos, como norma estatal, «comprende bajo este concepto —sigue De Castro— el conjunto de todas las normas que tienen por fuente al poder del Estado. Se contrapone la ley a las normas consuetudinarias y se diferencia de los principios generales del Derecho. El Código Civil emplea con tal significado a la palabra ley... cuando señala la sanción general e inexcusable que produce su incumplimiento (artículos 2 y 4)». En este caso —y en otros que cita el mismo Profesor— la palabra ley se predica «respecto de las leyes en sentido técnico y de las disposiciones dictadas por los órganos estatales en función reglamentaria, delegada o ejecutiva» (151).

Ninguna dificultad encontramos, pues, por este capítulo, en orden al mantenimiento de la tesis de la nulidad del contrato con precio superior al imperativamente fijado. El hecho de que su fijación sea obra de norma reglamentaria no excluye la aplicabilidad de los artículos 6, 3 (antes 4) y 1.255 por la sola razón de que estos empleen la palabra «ley». En dicho término, ya lo hemos visto, encuentra también acogida la norma estatal reglamentaria (152).

puestos (se refiere al antiguo art. 4), sino con relación a la moral y las buenas costumbres, aunque muchas veces la ilicitud se basará en el texto de la ley misma...» Omite el autor la referencia al orden público, referencia que, sin embargo, puede sernos muy útil.

(151) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., pág. 349. Por lo demás, es de advertir que la nueva redacción del antiguo artículo 4, la palabra ley ha sido sustituida por la expresión: «normas imperativas y prohibitivas».

(152) Esta misma idea la encontramos en la doctrina francesa, por ejemplo, en HEMARD: *Op. cit.*, pág. 343: «le terme loi ne dait point etre entendu en son sens etroit d'acte emanant du pouvoir legislatif... l'ensemble des regles qui doivent etre observées emane d'autres autorités que du législateur, et à,

Obsérvese, además, que la razón de ser del hecho de que la fijación de precios se lleve a cabo por normas de rango menor, no responde a una valoración axiológica de igual signo, de la materia regulada por este procedimiento. Hasta tal punto esta materia se considera importante, que no se duda de su adscripción al orden público económico; lo que ocurre es que la movilidad de lo económico y la notable influencia en ello de la coyuntura (153), exigen que las normas al respecto sean de más fácil creación y modificación que la ley. El legislador se limita en este terreno a dar disposiciones generales, cuya concreción, en función de las circunstancias, deja a la autoridad reglamentaria, en cuyos textos se encontrará casi siempre lo más importante de la regulación de la economía dirigida (154).

2') Ahora bien, si todo ello es así, ¿cómo compatibilizar lo ahora dicho con la doctrina jurisprudencial de la no nulidad de los actos contrarios a las meras disposiciones administrativas? Hemos tenido ocasión ya de comprobar cómo esta doctrina ha llevado al Tribunal Supremo en la tercera de las etapas antes distinguidas, a admitir la eficacia civil de los contratos infractores de las normas fijadoras de precios (155), rompiendo así la constancia del que creemos debe ser claro criterio de la nulidad de los mismos.

Ambas realidades son posibles y, a lo que se nos antoja, compatibles. La explicación es la siguiente: Las disposiciones administrativas afectan, por lo general, a lo qué —sin atenernos al rigor de la expresión— podríamos llamar «accidentalia negótii», mientras que las que en concreto se refieren a los precios, tocan a uno de sus «essentialia». En consecuencia, los actos y negocios infractores serán, en el primer caso, negocios «irregulares», mientras que en el segundo, deben considerarse negocios «ineficaces» (156).

en réalité, une importance plus grande...» En Italia, y en el mismo sentido, cfr. MESSINEO: *Op., cit.*, pág. 942: «Esso (el art. 1.339 del Codice Civile) contempla le clausole legali, altrimenti dette d'obbligo, e i prezzi imposti per legge, o (al piú) per regolamento.» También CRISCUOLI, Giovanni: *La nullità parziale del negocio giurídico*. Milano, 1959, págs. 96-97: «È all'uopo la questione... se norme sostitutive possano essere imposte da atti regolamentari... deve essere a nostro aviso risolta nel modo segente: indubbiamente gli atti regolamentari possono contenere norme giuridiche imperative con funzione ed eficacia sostitutiva, si pensi... in primo luogo i decreti ministeriali che, nel regime vincolistico imposto nel periodo bellico, e protrattosi anche successivamente, hanno costituito la piú importante fonte normativa dello Stato e la cui legittimità non è contestata...»

(153) No sin cierto humor erudito encabeza VILLAR PALASÍ su artículo *Poder de policía y precio justo...*, ya repetidamente citado, con las siguientes palabras de Don Quijote a Sancho: «Que las cosas de los regímenes de abastos, amigo Sancho, más que otras, están sujetas a continua mudanza...»

(154) Sobre la competencia de la Administración en materia de control de precios, cfr., entre nosotros, el artículo antes citado de VILLAR PALASÍ.

(155) Sobre la no nulidad por infracción de normas meramente administrativas, en materia distinta a la de precios, cfr., sentencias de 1-IV-57, 8-IV-58, 13-X-59, 15-X-59, 24-X-59, 25-II-61, 20-IV-61, 2-V-61, 31-V-61, 17-X-61, 17-XI-61, 6-IV-63, 26-V-64, 2-XI-65, 10-II-66, 26-II-66.

(156) Cfr. CARIOTA FERRARA: *El negocio jurídico*, trad. española, Madrid, 1956, páginas 271-272: «He aquí perfilarse dos diversas condiciones jurídicas de

Es aquí de destacar cómo con el intervencionismo estatal van a proliferar las medidas limitadoras de la autonomía privada, referidas al negocio o contrato, no en su estructura formal, sino en los elementos esenciales de su contenido. En definitiva, la norma administrativa sobre precios no supone un mero añadido al negocio, cuya entraña quedaría intacta, sino que constituye una intervención en su contenido real y en uno de sus elementos esenciales: el objeto. Se explica, pues, que la reacción congruente del ordenamiento ante el hecho de su infracción, sea, precisamente, la de la nulidad del negocio infractor.

No se olvide, además, que la misma norma interventora —de ello nos ocuparemos más adelante— se justifica por razones de orden público, como nacida para la tutela de intereses prioritarios.

3') Todavía examinando la relación entre el negocio infractor y la ley infringida, nos queda un punto por resolver. En efecto, el antiguo artículo 4 del Código Civil sancionaba un tal negocio o acto, siempre que la ley no ordenase su validez. Según el precepto, pues, parecería que el solo silencio de la ley infringida sería bastante para que se produjera la consiguiente sanción de nulidad. Vimos, no obstante, cómo la Jurisprudencia ha invertido los términos del precepto, exigiendo, generalmente, de la ley, la declaración expresa de la nulidad del acto infractor. ¿No surgirán, pues, dudas por este capítulo acerca de la nulidad del contrato con precio abusivo, toda vez que la ley de Tasas guarda silencio sobre la sanción civil del acto contrario a lo establecido?

Creemos que no: «Unas veces la nulidad está especialmente prescrita por la norma limitadora... pero otras veces la norma se limita a prohibir o disponer un determinado contenido del negocio jurídico, sin especificar sanción alguna para el caso de que no se respete su mandato. En esta hipótesis, no obstante, si se trata de norma verdaderamente imperativa, procederá igualmente la nulidad. Sobre esta diferente actitud de la norma imperativa reposa la distinción entre nulidad textual y nulidad virtual, o como otros la denominan, expresa y tácita, establecida la primera caso por caso

los negocios: irregularidad e ineficacia. Cuando se tenga una y cuando la otra consecuencias... debe decidirlo la norma... En la duda es de particular importancia la naturaleza de la norma; ¿norma de Derecho privado, o norma tributaria (administrativa, diríamos nosotros)? Como fácilmente se comprende, la ineficacia es sanción mucho más grave, ya que implica una disminución de efectos del negocio; por el contrario, la irregularidad se reduce a una multa para el sujeto o los sujetos del negocio... a base de esta consideración, se podría dudar hasta de la legitimidad de la calificación tradicional del negocio (negocio irregular), pues, en efecto, la reacción del ordenamiento se produce contra los sujetos, no contra el acto... La ineficacia, a diferencia de la irregularidad, es ciertamente un modo de ser del negocio... Como la propia expresión indica, la reacción del ordenamiento afecta a la productividad de efectos del negocio disconforme.» Sobre la procedencia de la nulidad cuando el acto, en sí o en alguno de sus elementos esenciales, contradiga a la ley, cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., págs. 537-538.

en la propia ley, y deducida la segunda del carácter imperativo de la norma» (157).

El mismo Moreno Mocholí, que tan reiteradamente afirma que la legislación de tasas no contiene previsión alguna respecto a la suerte que en el campo civil corresponda al contrato celebrado con precio distinto al legal, reconoce que la misma ley de Tasas puede imponer la nulidad del acto contra su mandato «expresa o tácitamente» (158). Por esta razón no entendemos cómo el mismo autor, tras examinar cuidadosamente la legislación de tasas, comprobados el énfasis con que en ella se persiguen logros de alto valor social, y el rigor de las sanciones previstas —incautación del objeto intervenido, inclusive—, no advierta que en la misma, si bien no de modo explícito, se dispone y prevé, tácita pero inequívocamente, la nulidad civil del contrato, o lo que es lo mismo, la no producción ante el Derecho de los efectos que las partes intentaron con la realización del mismo.

En resumen, pues, creemos poder afirmar que en el contrato infractor de ley interventora en materia de precios, se aprecian elementos suficientes para concluir la nulidad del mismo, como negocio contrario a la ley.

b) El contrato infractor, como contrato inmoral.

Pero no sólo por el anterior capítulo podemos llegar a la conclusión establecida. El artículo 1.255 del Código Civil no señala a la ley como único límite a la autonomía privada. La misma función limitadora cumplen la moral y el orden público. ¿Se opone también a estos límites el negocio infractor, objeto de nuestro estudio?

1') Consideraremos en primer lugar su relación con la moral (159). Si bien, Moral y Derecho constituyen ciencias con individualidad y sistema propios, necesariamente cada una de ellas ha de contar mutua y recíprocamente con la otra, ya que, en definitiva, ambas se ocupan del comportamiento humano al que tratan de adecuar a determinados patrones éticos (160). Reflejo de ello son en nuestro Código Civil los artículos 792, 1.116, 1.255, 1.271, 1.275, 1.316, etc. (161).

De entre estos preceptos nos interesa destacar ahora el ya citado 1.255 y el 1.275, que completados con los 1.305 y 1.306, contie-

(157) ESPÍN CÁNOVAS: *Op. cit.*, págs. 49-50 y bibliografía allí citada.

(158) MORENO MOCHOLÍ: *Op. cit.*, pág. 461.

(159) Sobre la incidencia y relevancia de la moral en el orden jurídico, Cfr. SIOUFI: *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites*, París, 1925; RIPERT: *La Regle Morale dans les obligations civiles*, 3.^a ed., 1935; ATTARD: *La causa ilícita*, R. Crit. D. inm., 1957 (septiembre-octubre); DE CASTRO: *Arrendamiento urbano. Casa de tolerancia. Excepción de competencia jurisdiccional. Causa ilícita* (sentencia de 23 de febrero de 1955), en ADC, 1954, pág. 655; GARCÍA MONGE Y MARTÍN: *Contratos con causa ilícita*, RDP, 1964, pág. 856; TORRALBA SORIANO: *Causa ilícita: exposición sistemática de la Jurisprudencia del T. S.*, ADC, 1966, pág. 661.

(160) Cfr. al respecto DE CASTRO: *Derecho Civil...*, cit., págs. 20-27.

(161) En el mismo sentido, vide: *Código Civil francés*, arts. 6 y 1.133; *Código Civil italiano*, arts. 1.343 y 1.354; B. G. B., 138.

nén el régimen sancionador del contrato nulo por contrario a la moral, o, lo que es lo mismo, por ilicitud de su causa (162).

Muchas son las cuestiones que doctrinalmente se han planteado en el campo del Derecho sobre el significado que de cara al mismo debe concederse a la moral. Una de ellas, y ciertamente no carente de importancia, es la referente a la delimitación de las normas morales con relevancia en el mundo de lo jurídico. Hoy, superada la opinión según la cual el Derecho sólo tomaría en cuenta las reglas morales con reflejo legal positivo, se mantiene que no es preciso que las mismas reglas estén sancionadas por un texto legal. En el Derecho francés se ha llegado a esta conclusión a través de la interpretación conjunta del artículo 6 del Código Civil con otros preceptos redactados diversamente en que no se alude a las buenas costumbres como contenido de una ley que no pueda ser derogada por convenciones particulares (163). En nuestro Código Civil la solución es más clara. En su redacción, ley y buenas costumbres aparecen como realidades distintas y separadas (164).

Pero, admitido lo anterior, ¿qué significado tiene para el legislador la palabra «moral»? ¿Se trata de sancionar en el ámbito de lo jurídico un concreto y determinado sistema moral?

También en este punto la doctrina se ha mostrado dividida. Mientras para la escuela de la exégesis se trataría de los principios morales implícitamente consagrados por el legislador, la teoría sociológica entendía que las buenas costumbres a tomar en consideración son las vigentes en el medio ambiente social, sin que falten quienes piensen que la noción verdadera de la moral no puede encontrarse ni en la ley, ni en el medio social sin más, sino en la auténtica moral consuetudinaria, entre nosotros, la moral cristiana. (165).

En nuestra doctrina, De Castro se refiere al problema en los siguientes términos: «La mención de la moral, sin otro calificativo, que aparece en el Proyecto de 1882-1888, y que de él pasa a los vigentes artículos 1.255 y 1.275, no significa una utópica recepción de todas las reglas de la Etica. El Código no concede mayor influencia a los dictados de la Moral que el Derecho anterior; más bien la reduce en favor de la seguridad comercial... Ha de pensarse que fue por razones de estilo por lo que se prefirió el término «Moral», pero sin cambiar con ello el sentido de las disposiciones que les

(162) Según CASTRILLO SANTOS, J.: *Autonomía y heteronomía...*, cit., pág. 576, «el artículo 1.275 es nueva grieta de penetración en el campo de la autonomía de la voluntad, porque permite ampliar el concepto legal de causa, bien delimitado en el artículo 1.274...»

(163) ESPÍN CÁNOVAS: *Op. cit.*, páginas, entre otras, 12 y 24.

(164) Cfr., e. c., arts. 1.116, «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas proceda»; 792, «Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o las buenas costumbres...»; 1.275, «... es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.»

(165) RIPERT: *La regle Morale...*, cit. Más amplia referencia a estas posturas, en ESPÍN, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

sirvieron de antecedentes, o sea, el de «buenas costumbres», empleado repetidamente en otros artículos del Código (11, 792, 1.116, 1.271, 1.136). Las buenas costumbres hacen referencia a la Moral y, a la vez, a la consideración social, según aquélla, de las conductas. Se trata de conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. De aquí que el estigma de causa opuesta a la Moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico» (166).

Efectivamente, creemos que la moral que el Derecho toma en consideración es la vigente en el cuerpo social, bien entendido que esta vigencia no debe hacerse consistir en la común adecuación de los comportamientos a sus postulados, sino en la estimación de sus normas como patrón exigitivo al que tendencialmente los mismos deben adecuarse por imperativos de eticidad. Por esta vía, es cierto, llegamos, dentro de nuestro área cultural, a la moral cristiana.

De todos modos, el concreto punto que nos ocupa —la contravención de las normas sobre precios— es susceptible de un enjuiciamiento moral negativo tanto según las normas de la moral cristiana, como en virtud de criterios éticos de la más pura aconfesionalidad. Nacida la intervención en materia de precios como instrumento de defensa del contratante débil, mediante la evitación del excesivo lucro de quien especula con la necesidad ajena, toda conciencia recta, con sólo atender a sus naturales y espontáneos imperativos, reprobará como ilícito e inhumanamente explotador, el comportamiento contrario a la normativa estatal limitadora de la libertad de precios.

Y ¿cuál es, en concreto, el criterio moral sobre la materia que examinamos? Vamos a verlo en dos momentos. En primer lugar acudiremos a los moralistas en busca de su dictamen. Posteriormente comprobaremos la recepción del mismo por parte de los juristas.

2') Los moralistas (167) parten de la idea de que la autoridad

(166) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., págs. 245-246.

(167) Sobre el particular, debe destacarse, en primer lugar, el discurso de Pío XII, de 18 de marzo de 1945 (AAS. 37, 1945, pág. 112). Entre nosotros han estudiado monográficamente el tema, AZPIAZU, J.: *Los precios abusivos ante la moral*. Madrid, 1941; URDANIZ, T.: *La obligación de las leyes del Estado y el abuso de precios*, en Cien. Tom., 66 (1943), págs. 233-250. De entre los manuales escritos por españoles, cabe destacar: FERRERES-MONDRIA: *Compendium Theologiae Moralis*, Barcelona, 1953, t. I, pág. 648; ZALBA, Marcelino: *Theologiae Moralis Compendium*, Madrid, 1958, págs. 1136, 1143 y ss.; ROYO MARÍN, Antonio: *Teología moral para seglares*, Madrid, 1957, pág. 542. Entre los extranjeros, vide: PRÜMER, D.: *Manuale Theologiae Moralis*, Friburgo, 1940, t. II, pág. 252; ROBERTI, Francisco: Diccionario de Teología moral, ed. española, Barcelona, 1960, página 985, con amplia información bibliográfica; HÄRING, Bernard: *La Ley de Cristo*, ed. española, Barcelona, 1961, t. II, pág. 454. La opinión de estos moralistas, ni se debe a especificidades de su credo católico, ni es de hoy. Son continuadores de una tradición doctrinal que, en el campo protestante, en-

estatal puede legítimamente suspender el régimen libre de mercado, imponiendo precios legales que eviten el abuso de los vendedores e impidan la explotación de los necesitados. Ello no es sino una concreción de la genérica obligación que al Estado incumbe de hacer concurrir la actividad social hacia el bien común. Por ello la intervención del Estado en este punto, no sólo es lícita y permitida, sino que puede llegar a ser obligatoria (168).

En consecuencia, el precio legal, a no ser que con consentimiento implícito del legislador sea generalmente incumplido, o que con certeza conste su injusticia —que nunca debe presumirse, de modo que en caso de duda se ha de estar a él, por exigencias del bien común (169)— se ha de observar en conciencia y ello por exigencias, no sólo de justicia social, sino incluso de justicia comunitativa, con la importante consecuencia de que, en caso de incumplimiento, hay obligación de restitución (170).

3') Estos criterios morales, por lo demás claros y obvios, han encontrado acogida, como no podía ser menos, en nuestro sistema jurídico, tanto legal, como jurisprudencial (171). La doctrina jurídica puede, pues, concluir que «no cabe duda de la ilegalidad e ilicitud del precio, cuando éste supera el límite que la tasa le señala» (172), al tiempo que la moderna Administración se manifiesta, también en esta ocasión, según la definiera Ripert, protagonizando la progresiva conquista del campo de la Moral social por el Derecho (173).

contramos ya en Lutero: «Doch wäre es die sicherste und beste Weise, dass weltliche Obrigkeit durch vernünftige redliche Leute den Preis festsetzen liesse». Altenburger Ausg, t. II, pág. 265.

(168) Sic, HÄRING, *op. cit.*, pág. 454.

(169) Vide: ZALBA, *op. cit.*, pág. 1144.

(170) Sic, entre los citados, ZALBA, ROYO MARÍN y PRÜMMER; en contra, FERRERES-MONDRIA, *op. et loc. cit.*: «*premium legale... servandum est in conscientia, saltem ex justitia legali et obedientia...* Has autem leges urgendas esse ex justitia commutativa, etiam cum ad bonum commune *premium statuant infra infimum naturale, non constat...*» La circunstancia señalada para el caso de no obligatoriedad por justicia comunitativa, resta, como se ve, notable fuerza a la afirmación que en el mismo sentido pudiera enunciarse en términos generales.

(171) Cfr., e. c., O. M. de 4 de mayo de 1938: «no es lícito elevar el precio de las cosas sin más motivo que la escasez ocasional»; O. M. de 15 de mayo de 1939: «es constante preocupación del Gobierno mantener un nivel fijo de precios, atajando los abusos y sancionando severamente injustificados encarecimientos o culpables especulaciones»; Cfr., además, Ley de 30 de septiembre de 1940, Ley de 16 de octubre de 1941, Ley de 24 de junio de 1941, Ley de 27 de abril de 1946, todas ellas ya citadas en la nota 36, pág. 109, en sus preámbulos. En cuanto a la Jurisprudencia, cfr., como más expresa, sentencia, ya vista, de 21 de junio de 1963: «El Estado, en su legítimo derecho de defender sus intereses y los de sus súbditos, evitando el acaparamiento de productos vitales, el agio inmoderado sobre ellos en circunstancias excepcionales y, en general, los ilícitos contubernios para alterar el precio de las cosas, dictó las leyes de intervención...» Vide también sentencias antes reseñadas en que se aplica al contrato infractor el artículo 1.275 del Código Civil.

(172) MORENO MOCHOLI: *Op. cit.*, pág. 463.

(173) VILLAR PALASÍ: *Justo precio y transferencias...*, cit., pág. 12. En el mismo sentido, y desde el campo de la ética, Cfr. ARANGUREN, J. L.: *Etica y*

¿Qué trascendencia en el orden jurídico privado tiene la calificación de immoral, referida al contrato infractor? Entendida la causa como «causa concreta», integrada por los motivos incorporados al negocio (174), la finalidad ilícita —además de contraria a la ley— de obtención de un excesivo lucro en el contrato infractor, determinará la aplicabilidad al mismo —en principio— no sólo del artículo 1.275 —éste, en todo caso— que lo sanciona con nulidad radical, sino, además, de los artículos 1.305 y 1.306 que impondrían la irrepetibilidad de las prestaciones efectuadas con ocasión de su cumplimiento: «*Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*»; «*In pari causa turpi cessat repetitio*» (175). La aplicabilidad, no obstante, de estos preceptos vendrá matizada en el caso que estudiemos por el carácter tuitivo de la intervención en materia de precios y, como consecuencia de dicho carácter, por la entrada en juego del principio de conservación del negocio, en el sentido que veremos más adelante (176).

política, Madrid, 1968, 2.^a ed., págs. 119, 227 y 228: «El traspaso de la función moral a la Administración... es siempre una tecnificación de la moral.» Cfr., también MARTÍNEZ USEROS: *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, 9.^a ed., página 75, donde se incluye un epígrafe sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo y la Etica.

(174) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 228. Vide, también, DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 156; JORDANO, J. B.: *Causa, motivo y fin del negocio*, (sentencia de 30 de junio de 1948), ADC, 1949, págs. 749-757.

(175) Sobre la justificación y alcance de estas reglas, cfr., DE CASTRO, *op. ult. cit.*, págs. 249 y ss., y ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, págs. 50 y ss.

(176) BARCELLONA, en su obra ya citada *Intervento statale e autonomia privata...*, págs. 207 y ss., rechaza el posible tratamiento del negocio infractor sobre la base de la disciplina de la causa ilícita. Varios factores le llevan a adoptar esta postura: la ambigüedad del concepto de causa, los riesgos inherentes a la «funcionalización» de las estructuras jurídicas, con su natural resultado de aumento indiscriminado de los poderes discrecionales del Juez, y sobre todo —nos parece— el hecho de que, en opinión del autor, «la mancanza o l'illiceità della causa comporta inevitabilmente la nullità dell'intero negozio, quando nella maggior parte dei casi sarebbe sufficiente ricondurre ad equità al contenuto del contratto o attribuire al danneggiato un diritto alla restituzione» (pág. 209). Por esta razón reconduce el tratamiento del problema al de la valoración del interés en presencia, distinto del tratamiento de la causa, y distinto de la causa en sí: «causa e interesse non necessariamente si identificano, né tanto meno costituiscono l'oggetto di una medesima disciplina. Se, infatti, si assume il concetto di funzione oggettiva e tipica dello schema strutturale dell'atto privato, sembra conseguenziale che, mentre la causa esprime unicamente l'idoneità strutturale dell'atto a svolgere una data funzione, l'indagine sugli interessi rappresenta il criterio per commisurare l'atto ai soggetti che lo pongono in essere. Precisamente mentre l'indagine sulla causa serve unicamente ad accertare se lo strumento negoziale può essere considerato idoneo e conforme alla legge, il giudizio sul merito è rivolto, invece, a stabilire se lo strumento è posto a servizio di un interesse meritevole di tutela...» (págs. 218-219). «La disciplina della causa, e in particolare, la sanzione della nullità, non offre soluzioni adeguate ai problemi prospettati in questi casi. In queste ipotesi, infatti, l'intervento correttivo del giudice, la modificazione di talune clausole, l'attribuzione di un diritto alla restituzione o al risarcimento, e. c. sono i rimedi più adeguati e meglio rispondenti alle esigenze della realtà» (pág. 226).

Las dificultades del autor se resolverían, de una parte, integrando en el concepto de la causa su aspecto subjetivo. De otra, teniendo en cuenta que

El contrato infractor de las normas interventoras en materia de precios, además de oponerse a la ley, es contrario a la moral y merecedor, en principio, también por esta segunda causa, de la sanción civil de nulidad.

c) El contrato infractor, como contrario al orden público económico.

Sólo nos queda estudiar ahora el mismo contrato, en relación con el tercer límite impuesto por el artículo 1.255: el orden público.

Poco hemos de añadir aquí a lo que sobre el orden público económico dejamos escrito en la primera parte. A aquellas líneas nos remitimos, aun cuando no sin recordar cómo el nacimiento de esta nueva especie del orden público responde al deseo del legislador de sancionar con especial rigor los actos y contratos contrarios a la organización económica de la sociedad. La contravención de una norma de orden público acarrea la más rigurosa nulidad del negocio infractor, con las peculiaridades que justificaban la calificación del orden público económico como un «orden público nuevo». De entre ellas, la más importante —la sustitución de la nulidad total por una nulidad parcial de protección— será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

Conviene indicar, no obstante, en este lugar cómo desde la perspectiva del orden público económico, en el que se inserta la normativa interventora, se confirma, en principio, la tesis de la nulidad absoluta del contrato contrario al mismo, no obstante el silencio que en la misma normativa se guarda sobre el particular.

d) El contrato infractor, como contrato con objeto ilícito.

En la enumeración de los distintos supuestos de nulidad con que iniciábamos este capítulo, vimos cómo Díez Picazo incluía, en el segundo lugar, la inexistencia, la falta absoluta de determinación o la ilicitud del objeto del contrato. Este supuesto se enumeraba con independencia del consistente en el traspaso por las partes de los límites impuestos a la autonomía privada y del de la ilicitud de la causa. ¿Encontraremos, pues, un nuevo y autónomo motivo de nulidad del negocio infractor, por ilicitud de su objeto? Tal ilicitud radicaría, naturalmente, en lo excesivo de su precio.

En sentido estricto, no cabe aplicar a nuestro caso el artículo 1.271 del Código Civil. La materia intervenida sigue estando «en el comercio de los hombres», lo que ocurre es que no se encuentra dentro del *libre* comercio. Por ello la ilicitud del objeto —precio

la ilicitud de la causa no tiene por qué determinar, de modo necesario, la nulidad total del negocio infractor. El principio de conservación del negocio y el logro de la finalidad protectora de la norma interventora exigirán la modalización del régimen sancionador en el sentido de reconducirlo al de la nulidad parcial. Ilicitud de la causa y nulidad parcial, no solamente no se excluyen, sino que en ocasiones la primera recomienda la entrada en acción de la segunda.

excesivo—en nuestro caso se reconduce—como la extracomercialidad relativa— a la figura del negocio prohibido o, en su caso, al del contrato con causa ilícita (177).

4. *Conclusión.*

En definitiva, en el caso que estudiamos nos encontramos ante un contrato prohibido (contrario a la ley) por una ley limitadora de la autonomía privada, en función del interés social, prohibición que afecta particularmente al objeto del contrato (en cuanto fija un máximo al precio, o un mínimo, en su caso) y que tiñe de inmoralidad al negocio en su entraña, por cuanto animado de una ilícita «causa concreta». La concurrencia de todos estos factores (concausa del efecto a producir) determina necesariamente, a lo que creemos, la nulidad del contrato.

¿Qué pensar, pues, de la doctrina mantenida al respecto por nuestro Tribunal Supremo? La respuesta a esta pregunta viene ya dada por cuanto en este trabajo precede. Nuestro más Alto Tribunal, que comenzó, con acertado criterio, declarando la nulidad del contrato infractor de la norma interventora en materia de precios, como contrato «contra legem» y como negocio afectado por una causa ilícita, quizá por su insatisfacción con los resultados a que tal tesis conducía por la aplicación del artículo 1.306, quiebra posteriormente esta línea, para restringir los efectos de la contravención al campo administrativo.

En función de cuanto hasta ahora llevamos dicho, creemos innecesario reiterar que no nos parece afortunado este nuevo rumbo. El contrato infractor debe considerarse siempre contrato en principio nulo, por ilícito, prohibido y vedado, si bien los efectos de su nulidad no deberán regularse a través de la disciplina del artículo 1.306. Tal posibilidad existe, y a su estudio dedicamos el epígrafe siguiente.

B) MODALIZACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR: LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO INFRACTOR Y LA SUSTITUCIÓN DE SU CLÁUSULA NULA POR LA DISPOSICIÓN LEGAL IMPERATIVA

1. *Introducción.*

Hasta ahora hemos venido manteniendo que el contrato infractor —sin mayor precisión terminológica ni conceptual— de la norma interventora en materia de precios, debe considerarse nulo. Las razones indicadas en el capítulo anterior nos llevaron a concluir la procedencia de la nulidad. Pues bien, desde este momento hemos de comenzar a matizar.

(177) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 140; DE CASTRO: *El negocio jurídico...*, cit., págs. 472-473.

Admitida la nulidad como consecuencia del hecho de la infracción, ¿hasta dónde han de extenderse sus efectos? ¿Deberán comprender al entero negocio, o se limitará únicamente a la parte en que la infracción se cifra, permaneciendo en el resto, vivo el contrato? ¿Nulidad, pues, del contrato, o nulidad sólo de su cláusula «contra legem»?

2. El artículo 31 de la Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966, y normas administrativas paralelas.

En el análisis que hasta ahora hemos venido realizando, hemos pasado por alto un dato fundamental: no todo acto contrario a lo dispuesto en la ley tiene que ser, necesariamente, sancionado de nulidad. El antiguo artículo 4 del Código Civil decía que son nulos los actos contra ley, sólo en los casos en que la misma ley no ordenase su validez. El actual artículo 6, 3 dice que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Quiérese, pues, decir que queda en poder del autor de las normas el calibrar en la misma la intensidad de la sanción impuesta a su incumplimiento. ¿No habrá previsto la Administración, autora de las normas de intervención, efecto distinto al de la nulidad para los actos celebrados en contra de las mismas?

En un primer momento, ya lo hemos visto, quedó este punto falso de expresa previsión. La norma interventora se ocupaba de determinar los efectos administrativos, e incluso penales, de su incumplimiento; nada decía, por el contrario, sobre la sanción civil.

En materia de comercio interior, esta situación va a cambiar con la aparición de la Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966, en cuyo artículo 31 se dice:

«No serán nulas las transacciones por el solo hecho de contener prescripciones que supongan la exigencia de un precio ilícito, pero en la resolución administrativa podrá reconocerse el derecho del perjudicado al reintegro de la diferencia entre el precio lícito y el realmente satisfecho, a no ser que hubiera inducido o cooperado en forma directa a la infracción sancionada.»

Igual disposición, sustancialmente, encontramos en el otro gran campo de intervención en materia de precios: en viviendas de protección oficial (178).

(178) El Decreto del Ministerio de la Vivienda, de 24 de junio de 1955, sancionaba en su artículo 123 como infracción muy grave al régimen legal de protección de Viviendas de Renta Limitada «la percepción de todo sobreprecio o prima en el alquiler o venta de las viviendas, ni aun a prettexto de ser alquiladas o vendidas con muebles», y en el artículo 125 dispone que las sanciones que puedan imponerse... por la elevación de los alquileres fijados por el Instituto, serán sin perjuicio... de la devolución obligada a los inqui-

¿Vendrán, pues, estas normas a negar la tesis que hasta ahora hemos venido manteniendo, por contener previsión expresa sobre la suerte civil del contrato infractor, distinta a la de la sanción de nulidad? Creemos que no. En nuestra opinión, las normas transcritas no vienen sino a consagrar, aunque de modo poco técnico, la nulidad parcial del contrato infractor, sanción ésta que no sólo no niega la tesis que venimos defendiendo, sino que, reforzándola, la matiza. Veamos cómo.

3. Contraindicaciones de la sanción civil de nulidad total, en la materia estudiada.

En primer lugar conviene destacar que no siempre que se produce un acto o negocio «contra legem» y, en su consecuencia, se sigue la sanción de su nulidad, no siempre —decimos— dicha sanción exige, sin más, la desaparición de la vida jurídica de lo actuado «contra legem», y la restitución de las cosas al «statu quo» en que se encontraban antes de la celebración del acto nulo. Cabe, en efecto, matizar los efectos de la nulidad. Así, «cuando el fin de la ley —dice De Castro— se dirija sólo contra un aspecto del acto, para que se cumpla la voluntad del legislador, se limitará la anulación a lo hecho contra la ley, manteniendo la validez de lo restante». Este es el caso —indica expresamente el mismo De Castro— «de las leyes de tasa sin carácter penal, con efecto de mera rebaja de precio» (179).

Es decir, que en materia de intervención en los precios, dado que la finalidad de la ley prohibitiva se limita al concreto aspecto que supone la no superación de una determinada cota en la fijación del precio, podría establecerse como sanción la más adecuada a dicha norma, una nulidad ceñida a ese mismo aspecto, que determinará la reducción del precio al límite legal, dejando subsistente al contrato en el resto (180).

linos de las cantidades indebidamente cobradas...» Igual disposición se repite en los Decretos del mismo Departamento de 18 de febrero de 1960 (art. 5), 24 de julio de 1963 (art. 29 en relación con el 36, d) y 24 de julio de 1968 (arts. 112; 153, c; 155).

(179) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., pág. 538, texto, y nota 7.

(180) MORENO MOCHOLI: *Op. cit.*, pág. 463: «No cabe duda, por tanto, de la ilegalidad e ilicitud del precio cuando éste supera el límite que la tasa le señala; mas, como la tan mencionada legislación no dispone la nulidad del acto en que la infracción se comete, ni lo impide en sí..., resulta indudable la ineeficacia en cuanto al exceso, pero la validez del contrato, que habrá de reducirse en cuanto a su alcance a los límites impuestos por el legislador». En contra de la nulidad total del contrato, vide, también SIMLER: *Op. cit.*, páginas 284-285; BARCELLONA, *op. cit.*, pág. 244: «Resta, invece, ribadito il rilievo che il mantenimento del contratto rettificato costituisce, in ogni caso, lo strumento più idoneo a realizzare la funzione protettiva della disciplina in esame e a garantire l'osservanza dei doveri di comportamento della stessa imposti a determinati operatori economici. Sembra possibile concludere, cioè, che la violazione dei doveri di condotta imposti dalla disciplina interventistica assume rilievo precipuamente al fine di determinare l'adeguamento della regolamentazione del rapporto ai criteri legali, e non già sotto il profilo della validità o de la perfezione strutturale dell'atto.»

Añádase a lo dicho la dificultad especial que en nuestro caso supone la aplicación de la sanción de la nulidad, sin más, al tener que regularse sus efectos —dada la concurrencia en el supuesto de una causa ilícita— por el cauce de la disciplina establecida en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil (181).

La irrepetibilidad, que ya de por sí puede conducir a resultados injustos cuando sólo una de las prestaciones haya sido realizada, tiene en el caso que estudiamos el especial inconveniente de que neutraliza la finalidad protectora de la ley de Tasas, impidiendo al comprador —normal sujeto protegido— poder accionar contra el vendedor en reclamación del sobreprecio, sobre la base de una concurrencia de culpas, en la que la del comprador se limita al hecho de haber pasado por la exigencia del vendedor al fijar un precio superior al permitido. Se olvida de este modo que la supuesta culpa del comprador no es sino consecuencia de lo acuciante de su necesidad, y que precisamente es esta circunstancia la que motiva la aparición de la intervención estatal moderadora y protectora (182).

En efecto, la norma interventora es, en su proliferación e intensidad, una manifestación del Estado social de Derecho, que, si bien se atribuye la función de instaurar relaciones sociales justas y de remover desigualdades de hecho, que impiden el pleno desarrollo de la personalidad, no ha asumido directamente la titularidad de los intereses de los sujetos en situación de inferioridad económica y social. La realización de la justicia material es un fin que el Estado se propone realizar en las relaciones entre los miembros de las distintas categorías sociales a través de la disciplina del comportamiento privado. Por ello, las normas por las que tal finalidad se realiza se resuelven en la disciplina de las relaciones «inter privatos», que quedan, en este modo, improntadas por las circunstancias sociales, con traducción jurídica en técnicas nuevas, de las cuales, una, y no de pequeña importancia, es la que tiende a perfilar los efectos de la nulidad, mediante la técnica de la nulidad parcial, entendida como medida general de amplio alcance protector (183).

(181) Cfr. DÍEZ PICAZO: *Estudios de Jurisprudencia Civil*, cit., pág. 542: «Si tuándonos en esta línea —nulidad total del negocio— caben, sin embargo, dos posibilidades profundamente diversas, pues una cosa es una nulidad que permite la restitución de las prestaciones y la vuelta a la situación anterior como si ningún negocio se hubiera celebrado, y otra, muy distinta, como en nuestra Jurisprudencia se apunta, aplicar el esquema de la irreclamabilidad o irrepetibilidad por ilicitud de la causa ex artículo 1.305 del Código Civil. En sede teórica es posible que esta solución sea la más correcta, sobre todo en aquellos casos en que la infracción sea constitutiva de delito, pero puede conducir a resultados injustos cuando sólo una de las prestaciones haya sido realizada.»

(182) Cfr. textos citados al hablar de la finalidad social de la intervención estatal, pág. 9, nota 36.

(183) Cfr. BARCELLONA: *Op. cit.*, págs. 23 y ss., 244 y 245; MESSINEO: *Op. cit.*, páginas 797-799 y, sobre el concreto aspecto de protección del contratante débil, págs. 805-806; CRICUOLI, G.: *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milán, 1959, pág. 123; ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 159-161.

4. *La ley imperativa-sustitutiva y su acogida en nuestra doctrina científica.*

La clásica distinción de la triple virtualidad de la ley —*imperare, vetare, permitere* (184)— va a resultar matizada en uno de sus miembros con la aparición de las nuevas técnicas indicadas. Como peculiar especie de la ley imperativa habremos de distinguir ahora la ley imperativa-sustitutiva que, interfiriendo en la regulación privada de intereses, según las exigencias superiores del interés social, modifica y corrige dicha regulación, en contra inclusivo de la voluntad negocial de los particulares.

La finalidad de estas normas tiene su necesario reflejo en el tratamiento jurídico de los efectos de su violación. No es posible ya desentenderse de la conservación del negocio. Manteniendo la eficacia de éste, la norma sustitutiva eliminará lo convenido en contravención de la misma, sustituyéndolo automáticamente por lo en ella dispuesto (185).

Pues bien, la norma interventora en materia de precios es un caso típico de la ley imperativa-sustitutiva. Sólo puede hablarse de intervencionismo en sentido estricto —dice Barcellona— cuando por la ley viene predeterminada y actuada una regulación de la relación, concurrente e interferente con la privada, acordada por las partes. No se trata ya sólo de señalar límites a la autonomía privada, sino de crear situaciones de ventaja, normalmente accionables, a favor de un sujeto o categoría de sujetos. La ley introduce, pues, criterios de valoración del interés en presencia, y de composición del conflicto, habilitando de este modo un instrumento de actuación coactiva del deber legal y de realización directa del interés protegido (186).

Si bien nuestra Jurisprudencia ha venido desconociendo el mecanismo propio de la ley imperativa-sustitutiva en el funcionamiento de las normas interventoras en materia de precios, la escasa doctrina al respecto le dio, aunque tímida y poco técnica, franca acogida.

Moreno Mocholí decía que en la legislación de tasas «el legislador suple la voluntad e iniciativa privada no coartando la libertad para contratar, vender y comprar, sino determinando el precio, cuya certeza precisa en sustitución del poder dispositivo de los contratantes, prohibiendo expresamente el exceso sobre tal límite... y creando a favor del comprador un derecho subjetivo en sentido estricto, pues es indudable la facultad que a favor del

(184) Dig. 1, 3, 7.

(185) Cfr. CRISCUOLI: *Op. cit.*, págs. 97-98. El *Codice Civile italiano* contiene la consagración legal de la técnica de las leyes sustitutivas, en su artículo 1.339: «Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative), sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti...» El específico reflejo de esta técnica, en sede de nulidad del contrato, se encuentra en el artículo 1.419, 2, del mismo cuerpo legal.

(186) BARCELLONA: *Op. cit.*, págs. 203, 54, 197, 179.

comprador implícitamente contiene toda aquella legislación al estatuir un precio en beneficio de la economía nacional, pero concretamente también, del adquirente, sin que la renuncia tácita que pudiera apreciarse en la estipulación contractual al consentir sobre la superación del límite legal pueda tener eficacia, en cuanto va en contra del interés público..., de lo cual resulta la potestad del comprador para hacer valer la fuerza del precio marcado e impuesto sobre aquel otro que se estipuló en contra de la ley, y la consiguiente acción para obtener la reducción por nulidad relativa del convenio» (187).

También Royo Martínez admite que la ley sustituya la voluntad de las partes cuando se propone el logro de objetivos marcados por el signo de la prevalencia del interés social sobre el particular y de la protección del contratante débil (188).

Para Villar Palasí, «el acto de tasación... sustituye parcialmente la voluntad negocial de los particulares por la voluntad de la Administración en cuanto al precio... la tasa implica el precio justo a todos los efectos, no sólo civiles, sino también frente a la Administración» (189).

Por lo demás, la aceptación, no sólo terminológica, sino real, de la ley sustitutiva en su operatividad y efectividad específicas, resultará de las páginas que siguen.

5. Ley imperativa-sustitutiva y nulidad parcial.

Pues bien, la fundamental y más significativa función de las leyes imperativas-sustitutivas se manifiesta a la hora de determinar las consecuencias de su violación. Cuando un negocio, objeto de este tipo de normas, resulte privada o convencionalmente regulado en modo disconforme a la disposición legal, la inderogabilidad de la ley sustitutiva, y su fuerza correctoramente interferente, atribuyen al contratante por ella protegido un específico poder que frente a su contraparte consiste en la facultad de exigirle el comportamiento legal, y que ante los Tribunales puede accionarse en ejercicio de acción declarativa.

No basta aquí el recurso al mecanismo ordinario establecido para los casos de violación de leyes simplemente imperativas, consistente en la declaración de la total ineficacia de lo ilícitamente actuado.

El mantenimiento del contrato rectificado implica que los sujetos de la relación negocial no se encuentran en el mismo plano respecto a la norma inderogable. Dicho mantenimiento del contrato, tras su rectificación automática, se explica por la exigencia de proteger a un determinado sujeto del riesgo de la eventual nu-

(187) MORENO MOCHOLI: *Op. cit.*, pág. 466. Es de advertir que cuando el autor habla aquí de nulidad relativa, se refiere a la nulidad parcial, según más adelante tendremos ocasión de comprobar.

(188) ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 63.

(189) VILLAR PALASÍ: *Poder de policía y precio justo...*, cit., págs. 57-58.

lidad del contrato en su integridad, sobre la base de la normal improbabilidad de que el mismo sujeto protegido pueda conseguir de otro modo, o por medios distintos, el resultado práctico perseguido mediante la estipulación del contrato objeto de la disciplina interventora sustitutiva (190).

Gráficamente lo ha indicado Royo:

«El ordenamiento jurídico (en su inspiración individualista-liberal) es censor de manga ancha que pocas veces interviene, pero cuando lo hace, sus atribuciones se limitan a manejar el lápiz rojo. Tacha, pero no enmienda; borra, pero sólo deja claros y no se preocupa de reconstruir la idea.

Las consecuencias son deplorables, porque la anulación del contrato es, en muchos casos, la más perjudicial de las soluciones...

Síguese de aquí la idea (en la inspiración social del Derecho) de la sustitución parcial de la voluntad privada por la voluntad estatal.

El ordenamiento jurídico... no es ya censor, sino corrector de pruebas; tacha para corregir, borra para enmendar; no cifra su misión en el signo negativo de la destrucción, sino en el positivo de la cooperación.

... En cuanto a su eficacia social, la revisión del contrato libra a la parte más débil, social o económicamente considerada, del ya indicado temor de verse privada como consecuencia de la anulación, de aquello que inexorablemente necesita (trabajo, vivienda, tierra, víveres) y, en este sentido, es condición «sine qua non» de toda legislación eficazmente niveladora y tuitiva» (191).

6. La nulidad parcial en nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos ya indicado cómo, en nuestra opinión, el artículo 31 de la Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966, y preceptos administrativos paralelos, venían a disponer para el caso de infracción de sus normas sobre precios sanción no distinta a la de la nulidad parcial del contrato infractor. Conviene que nos preguntemos ahora: ¿Sería esta disposición coherente con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico?

Respondiendo a esta pregunta hemos de notar que si bien en nuestro ordenamiento no existe precepto paralelo al artículo 1.419 del Código Civil italiano o al párrafo 139 del B. G. B., que de modo explícito admiten la categoría jurídica de la nulidad parcial (192), no por ello puede decirse que sea ésta desconocida en el mismo.

(190) BARCELLONA: *Op. cit.*, págs. 174-175.

(191) Royo MARTÍNEZ: *Op. cit.*, págs. 159-161. Es de observar cómo también Royo se refiere atécnicamente a la nulidad parcial, a la que denomina revisibilidad.

(192) Dice el artículo 1.419 del *Codice Civile*: «La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

La nullità di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.»

Hasta tal punto es ello así, que refiriéndose a nuestro derecho positivo ha podido afirmar Díez Picazo que «la nulidad parcial (nulidad de la cláusula) es la regla, y la nulidad total (nulidad del negocio), la excepción» (193).

En efecto, como dice De Castro, aunque el Código Civil no contiene una regla general admitiendo o regulando la nulidad parcial, «en casi todas sus instituciones pueden encontrarse casos en los que se imponga la validez parcial del negocio. Son muy numerosos los artículos —añade— en que se establece que la nulidad de una determinada cláusula no afectará la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que, declaradas nulas, no hacen nulo el negocio («vitiatur sed non vitiat»). Así, los artículos 641, 737, 767, 786, 793, 794, 814, 865, 1.155, 1.260, 1.316, 1.317, 1.476, 1.608. En otros preceptos —continúa De Castro— se ha tenido en cuenta la posibilidad de que la prestación pactada exceda de los límites establecidos por la ley, sea en la cantidad (p. ej., arts. 636, 654, 817, 820, 1.795, 1.826) o en el tiempo (p. ej., artículos 400, 515, 1.508), y la ley, expresamente o según la interpretación de la doctrina, mantiene su validez, pero reduciendo la prestación conforme a lo establecido en la ley» (194).

7. Necesidad de distinguir entre las distintas formas y funciones de la nulidad parcial.

Sin embargo, y no obstante ser los preceptos citados claro exponente de la admisión en nuestro ordenamiento de la figura de la nulidad parcial, no puede afirmarse que en todos ellos encuentre apoyo la tesis de la concreta nulidad parcial de los contratos infractores de las normas interventoras en materia de precios. Tal apoyo puede venir, y de hecho viene, más claramente por la vía, e. c., del artículo 1, 1, del Reglamento para la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y del artículo 10 de la Ley de Contrato de Trabajo (195).

Disciplina muy parecida a la establecida en la primera parte de este precepto es la que dispone el p. 139 del B. G. B.: «Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.»

Comparación de ambos preceptos, en DÍEZ PICAZO: *Fundamentos..., cit.*, página 294.

(193) DÍEZ PICAZO: *La autonomía privada y el derecho necesario en la LAU*, cit., pág. 1170.

(194) DE CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 493.

(195) Acertadamente, la sentencia de 15 de abril de 1952, de la Audiencia Territorial de Sevilla, que resolvió un caso de infracción del precio de tasa según la tesis de la nulidad parcial, hacía expresa mención del paralelismo existente entre la legislación de tasas y la de arrendamientos rústicos. En esta concreta materia, el artículo 1 del citado Reglamento dispone que las cláusulas «contra legem» «se tendrán por no puestas y serán sustituidas por las disposiciones legales que la regulan». El artículo 10, 1, de la Ley de Contrato de Trabajo dice: «Si por contravenir alguno de los preceptos anteriores, resultase nula una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados á su legitimidad.»

¿Por qué hacemos esta distinción? Porque la nulidad parcial puede cumplir funciones claramente distintas, respondiendo, según los casos, a fundamentos igualmente diversos.

a) En efecto, en algunos casos puede emplearse la nulidad parcial como técnica de pervivencia de un negocio en cuyo contenido fundamental no incide la imputación de su parte nula, o, incidiendo, no impide que el conjunto negocial no afectado perviva con consistencia suficiente. En estos casos, la accidentalidad de la cláusula amputada, en relación con el todo en que se integra, recomienda el mantenimiento del conjunto negocial restante, y ello en atención a la voluntad de las partes, ya interpretada «super casum», ya conjeturada por el legislador con alcance general. En otras ocasiones —tal es el caso que en este trabajo estudiamos— la nulidad parcial obedece al designio del legislador, de mantener vivo y eficaz el contrato, no obstante afectar la cláusula nula a parte esencial de su contenido. Aquí la voluntad privada es irrelevante, y se trata, ante todo, de dar la máxima imperatividad y eficacia a la disciplina legal.

En la primera de las posibilidades distinguidas —nulidad parcial en función de la voluntad de las partes— podemos distinguir todavía dos supuestos diferentes:

a') Hay casos en que la amputación de parte de contenido del negocio no provoca fenómeno alguno de sustitución. Tal es el caso de los artículos 767, 786, 793, etc.: la cláusula nula se tiene, simplemente, por no puesta (196).

b') En otras ocasiones la nulidad podrá provocar la sustitución de su parte nula, pero la disciplina integradora será de Derecho meramente dispositivo. Es el caso del artículo 1.317 del Código Civil. Así, incluida en capitulaciones matrimoniales una cláusula por la que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de alguna región foral, y no a las disposiciones generales del Código Civil, tal cláusula se tendrá por nula y no puesta, sin perjuicio del restante contenido de las capitulaciones, de por sí consistente, y deberá ser sustituida por otra que, sin contravenir el mandato legal, sea la más conforme a la voluntad de las partes (197). Ahora bien, no habiendo en esta materia régimen alguno de derecho necesario (art. 1.315), la regulación establecida en sustitución de la cláusula nula estará integrada por normas de derecho dispositivo.

(196) De contener —como mantiene De Castro— los artículos 1.155 y 1.260 sendos casos de nulidad parcial, habrían de incluirse también en este grupo. Dudamos, sin embargo, que tales preceptos sean exponente de esta técnica. Podría pensarse que en estos casos nos encontramos ante obligaciones sustancialmente diversas y accidentalmente conexas, de las cuales, la principal es completa y perfecta en sí misma, aun sin la accesoria. La obligación principal no resulta, pues, en estos casos parcialmente recortada. La nulidad parcial es aquí nulidad de parte extrínseca a dicha obligación.

(197) Cfr., por ejemplo, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Familia*. Barcelona, 1966, pág. 117.

Con independencia de las dos posibilidades anteriores existen casos, decíamos —nulidad parcial por imperativo legal sustitutivo—, en que la técnica que nos ocupa implica la sustitución «ope legis» del contenido ilícito de la cláusula, por el legal imperativo (ley imperativa-sustitutiva). Claro ejemplo de ello encontramos, todavía dentro del Código Civil, en el artículo 814, e. c., en relación con la preterición del heredero que lo sea forzoso. El mismo procedimiento de sustitución automática encontramos, no ya en el Código Civil aun cuando sí en el Derecho privado, en los artículos antes indicados de la legislación de Arrendamientos Rústicos y de Trabajo.

En los dos supuestos fundamentales antes distinguidos hay siempre una realidad previa de ilicitud, desencadenante de la nulidad parcial; pero sólo en el segundo existe una expresa e imperativa voluntad legal sustitutiva. Por esta razón hemos antes distinguido entre una nulidad parcial que responde a la voluntad negocial de las partes y en función de ella se justifica, y otra nulidad parcial que actúa incluso contra la voluntad de las partes y que se fundamenta en la de la ley que, en este caso, no sólo se limita a prohibir, sino que impone un determinado contenido al negocio.

Tal doble fundamento y finalidad aparece claramente delimitado en los dos párrafos del ya citado y transscrito artículo 1.419 del Código Civil italiano.

En efecto, el recurso al principio de conservación para el mantenimiento en vida del negocio parcialmente nulo obedece en el párrafo primero a la interpretada voluntad de las partes, mientras que en el segundo se explica en razón de la imperatividad de la norma infringida (198). Este doble fundamento ha sido reconocido, entre nosotros, por De Castro, quien distingue entre una nulidad parcial conforme a la interpretación del negocio, y otra tendiente a la evitación del fraude a la ley, «recurso —en este segundo caso— necesario al generalizarse las leyes de especial significado social, dictadas para amparar a las personas socialmente más débiles» (199).

En el primer caso, el criterio que determina la extensión de la nulidad a todo el contrato, o sólo a parte de su contenido, es la

(198) CRISCUOLI: *Op. cit.*, págs. 104-105. A primera vista parecería negar la anterior diferencia SIMLER, quien, en la obra ya citada: «La nullité partielle...», página 11, define la nulidad parcial como «la sanction qui se réalise par la suppression dans l'acte d'un élément vicié ou par la réduction d'un quantum excessif et qui, lorsque cela est conforme à l'intention des parties, laisse subsister l'acte lui-même». Parecería, pues, que toda nulidad parcial debería fundamentarse en la voluntad de las partes. Ello no obstante, el mismo SIMLER admite que en casos como el que en este trabajo estudiamos, la nulidad parcial —instrumento al servicio del orden público económico— entra en funcionamiento con independencia de la voluntad de los contratantes. Vide, en este sentido, página 285, donde cita el autor las siguientes palabras de FARJAT: «Qu'importe la volonté des parties sur un élément du contrat dont, de toute façon, elles ne sont pas maîtresses!»

(199) DE CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 493-495.

voluntad de los contratantes: «se risulta —dice el precepto italiano— che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che é colpita dalla nullitá», o, según el párrafo 139 del B. G. B.: «wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenomen sein würde».

Los principios que justifican la conservación del negocio funcionan aquí estrechamente unidos al interés individual de las partes contratantes, y ello —como indica Criscuoli— en dos aspectos: En primer lugar, porque la utilidad del negocio parcialmente nulo se encuentra en íntima conexión con la intención de los contratantes, y, en segundo lugar, porque la conservación del negocio redonda en beneficio de los mismos contratantes y no en ventaja exclusiva o prevalente de la colectividad, como ocurre en el caso de conservación coactiva por sustitución (200).

En el supuesto del segundo párrafo del artículo 1.419 del Código Civil italiano —nulidad parcial en evitación del fraude a la ley, en terminología de De Castro—, por el contrario, se excluye la aplicación del criterio subjetivo-voluntario, prevaleciendo sobre él el objetivo-legal. Las normas sustitutivas, mientras de una parte importan la nulidad parcial del negocio, de otra, al operar automáticamente la sustitución, resuelven el problema excluyendo la reconductibilidad de la solución a la voluntad de las partes. El negocio permanece en vida, tanto si responde su pervivencia a la voluntad de las partes como si resulta que el mismo no se habría concluido sin la parte sustituida por la cláusula legal (201).

b) Dos notas fundamentales van, pues, a caracterizar a esta segunda especie de nulidad parcial:

a) Su carácter eminentemente protector. En efecto, «las ventas establecidas imperativamente en beneficio de los más débiles quedarían muertas si, con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar, cuando quisiera, la relación contractual» (202). Se entiende así que Royo pudiera decir de este mecanismo que constituye «condición ‘sine qua non’ de toda legislación eficazmente niveladora y tuitiva» (203).

b) La específica nulidad parcial de sustitución «ope legis» manifiesta del modo más expresivo la especial complejidad que en el Derecho de nuestros días adquiere la regla negocial, entendido este concepto en su sentido amplio (204). No se trata en estos casos de calibrar la esencialidad de la cláusula nula en relación con la integridad del contrato, ni de escudriñar, en fina labor de exégesis, la conjeturable voluntad de las partes. Una vez sustituida la cláusula

(200) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 114.

(201) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 211.

(202) DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 494-495.

(203) ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 160.

(204) Cfr. sobre este punto: DE CASTRO: *El Negocio Jurídico*, págs. 54-55, donde se dedica un esclarecedor epígrafe a los elementos componentes de la regla negocial.

nula por la norma integradora, no nos encontramos ante efectos derivados de un acto de autonomía privada, sino ante efectos originados por un acto que sólo desde un punto de vista formal puede considerarse acto de autonomía privada.

Como indica Ferri (205), los efectos que derivan de aquel acto no son los previstos por las partes; el acto no realiza ya los intereses privados para cuyo logro los contratantes le habían dado vida, sino que lleva a cabo una composición de intereses, no sólo no prevista por las partes —y, por tanto, no deseada—, sino incluso, a veces, positivamente no querida. La sustitución conserva en vida una cierta realidad de aquel acto, pero sólo como realidad a la que el ordenamiento atribuye sus propios efectos.

Y es que, como concluye Ferri en el lugar citado, la actividad humana puede ser relevante para el ordenamiento jurídico, como actividad a la que atribuir determinados efectos —actos en sentido estricto—, o como realización específica y propia de la autonomía privada; y la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1.419 del Código Civil italiano constituye una concreta aplicación de la primera de estas dos posibilidades (206).

El acto, pues, puesto en vida por los particulares en contra del imperativo legal, y sustituido, por tanto, por el mismo, aunque no determina la regulación de la relación, es relevante —dice Barcellona— en cuanto a su operatividad. El acto privado es sólo el presupuesto para la aplicación de una determinada disciplina (207). Es lo que Hernández Gil, al enunciar y clasificar las fuentes de las obligaciones, denomina como «la imposición por la norma de consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sobre la base de un presupuesto de voluntad», incluyendo expresamente en este apartado los que él llama contratos de contenido forzoso (208).

Concurren, pues, en el complejo negocial estudiado dos partes

(205) FERRI, Giovanni: «Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico», en *Riv. Dir. Comm.*, 1963, julio-agost., páginas 284 ss.

(206) Excesivamente formal nos parece la explicación que, en contrario, da FRAGALI al mismo supuesto. Según dicho autor mantiene en «Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio» (*Giust. civ.*, 1959, I), página 324: «La norma induutiva o sostitutiva non può presupporre la sostituzione della volontà negoziale privata con la volontà negoziale legale; ma il suo comando si erige su una valida volontà negoziale privata, che si corregge nelle manifestazioni eccidenti il limite assegnato all'autonomia privata.»

(207) BARCELLONA: *Op. cit.*, págs. 294-295.

(208) HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones*, cit., pág. 255: «Los contratos actúan en este caso como antecedente de obligaciones imperativamente impuestas. Las partes, en principio, son libres de contratar o no; pero el contenido del contrato (si no en su totalidad, sí en los extremos considerados como socialmente importantes) viene predeterminado por la norma. No se deja a los contratantes que sean ellos los que decidan acerca de la regulación de los propios intereses. La ley, por sí misma, aprecia cuáles son los intereses protegibles y con base en esa apreciación, determina el alcance de las prestaciones. En estos casos el contrato representa el acto de voluntad por el que las personas que lo conciernen se sitúan en la zona de actuación de la norma.»

bien diferenciadas: aquellas en que es de aplicación la disciplina contractual «proprio sensu», y aquella otra en la que es de aplicación la regulación legal imperativa-sustitutiva, en relación con la cual el acto jurídico previo puesto por las partes —sea éste conforme o disconforme— es sólo condición de aplicabilidad. Como concluye Barcellona, «hablar en estos casos de contrato dictado, o de contrato impuesto es, desde esta perspectiva, una cuestión terminológica que puede ser útil precisar sólo para expresar con una fórmula sintética el fenómeno que se ha descrito» (209).

8. «Ratio» y fundamento del mecanismo de la nulidad parcial coactiva.

¿Cuál es, pues, el fundamento de esta técnica de conservación del negocio en su integridad a la que comúnmente se denomina nulidad parcial (210), y que Royo Martínez y Moreno Mocholí llamaron «revisibilidad» y «nulidad impropia o ineficacia en parte», respectivamente? (211). ¿Cuáles son las razones por las cuales la

(209) BARCELLONA: *Op. cit.*, pág. 295. DÍEZ PICAZO, en su trabajo *Los llamados contratos forzados*, ya citado, páginas 87 ss., distingue entre contratos forzados y contratos dictados o regulados. En los primeros es el mismo contrato lo impuesto a los contratantes; en los segundos, más que una imposición del contrato, lo que hay es una determinación imperativa de su contenido. Concreta el mismo autor (pág. 91, nota 23) que el régimen de tasas y la política de precios no dan lugar a contratos forzados, sino a «contratos voluntarios con precio forzoso.»

(210) Sobre la nulidad parcial, cfr. en la doctrina española: GÓMEZ MARTÍNEZ FAERNA: *La nulidad parcial de los negocios jurídicos*, en «Estudios de Derecho Privado» (bajo la dirección de MARTÍNEZ RÁDIO), 1962, I, pág. 338. En la doctrina italiana merece destacarse la obra repetidamente citada de CRISCUOLI. En la alemana: LANG: *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, en «Rechtswissenschaftlichen Studien», H. 32, Berlín, 1926. En la doctrina francesa véase la obra, ya varias veces citada, de SIMLER: *La nullité partielle des actes juridiques*, París, 1969.

(211) Ambos, no obstante, se refieren inequívocamente al concepto de nulidad parcial. Así, Royo, en la obra citada, se expresa en los siguientes términos: «Técnicamente considerada, la revisión, que en buena técnica debe ser llamada revisibilidad..., es un concepto intermedio situado entre los dos polos de la validez y de la nulidad; con la primera tiene de común que el negocio produce efectos queridos, en lo esencial, por las partes...; con la segunda tiene la revisibilidad de común que no se producen total y exactamente los efectos queridos por los contratantes (el precio, el salario, el tipo de interés, son distintos de los que las partes fijaron al contratar).

... El concepto de revisibilidad es nuevo e independiente... Es un concepto propio de la nueva idea del contrato, y se caracteriza: 1º Por respetar en lo esencial el fin común y objetivo del contrato en cuanto es en sí lícito y querido por ambas partes y por el ordenamiento... 2º Por hacer que prevalezca, salvado lo anterior, el fin objetivo del contrato y la determinación de sus elementos por el ordenamiento jurídico (cuantía del salario, precio, duración, etc.) sobre cualquier otra determinación de tales elementos efectuada por las partes en contradicción del fin propuesto por la norma.

... La revisibilidad busca la eficacia esencial del negocio y la consigue mediante la inclusión en el contrato de una voluntad ajena a las partes (ley, juez) si así resulta necesario para obtener tal fin...» (págs. 160-162).

Por su parte, MORENO MOCHOLÍ, *op. cit.*, dice: «En todos estos casos, como en el que es objeto principal de estudio en este trabajo —infracción de la

ley conserva en vida el negocio infractor, sustituyendo la cláusula nula? La doctrina —dice Criscuoli (212)— sostiene que la razón fundamental de la conservación coactiva reside directamente en la ley, y, en particular, en la especial naturaleza de la ley imperativa-sustitutiva. Y, ¿por qué sustituye la ley la cláusula nula? Dos razones alega como contestación el mismo autor: la necesidad de que la voluntad colectiva se anteponga a la autonomía privada para la satisfacción de los intereses sociales; y el principio de economía jurídica en conexión con el interés social (213).

En cuanto a la primera razón, bueno será recordar que las normas sustitutivas regulan materias de interés general en los distintos campos de la actividad humana. Es por ello lógico que la regulación en ellas establecida esté en función, no de la voluntad de los particulares, que podría encontrarse en oposición con el interés general, sino en función de la voluntad social, de la que el ordenamiento debe ser autorizado y fiel intérprete. Tal voluntad social tiene que ser necesariamente favorable a la conservación de los negocios rectificados mediante la sustitución automática del contenido ilícito por el legal, ya que este último viene impregnado de un marcado espíritu tuitivo y social.

Igualmente clara es la aducida razón de economía jurídica. En efecto, tras la aparición de un negocio opuesto sólo en alguna de sus cláusulas al interés social tutelado por el ordenamiento, es evidente que la sustitución de la cláusula nula por el contenido legal imperativo, permaneciendo en el resto válido el contrato, consigue la finalidad de la norma —su resultado práctico— por el camino más directo y más eficaz.

legislación de tasas— no se trata de nulidad absoluta en el sentido que generalmente se considera, es decir, de ineeficacia total sin que el acto produzca efecto alguno, sino que el contrato surte sus peculiares efectos, que se restringen en la parte que se convino contra la ley o la moral. Por tanto, en el cuadro de la ineeficacia, rúbrica general muy comprensiva de todos aquellos casos en que el negocio no alcanza la plenitud de su alcance, junto a la ineeficacia total por acto contrario a la ley o moral, falta de requisito esencial o concurrencia de alguna de las circunstancias taxativamente determinadas en la ley, que dan motivo a la ruptura o rescisión del vínculo, cabría admitir la ineeficacia en parte o nulidad impropia, a virtud de causas que podrían agruparse con la denominación de «irregularidades», como certamente las califica Carnelutti. Puig nos habla también de la «ineficiencia relativa», distinguiéndola de la absoluta en cuanto afecta sólo a una parte no principal del negocio...» (pág. 465).

Como se ve, campea en los anteriores textos una notable imprecisión terminológica. No creemos que la violación de la norma que fija el precio legal, pueda considerarse una mera «irregularidad». Vide el sentido que a este término daba CARIOTA FERRARA en su obra, ya citada, *El Negocio Jurídico*, págs. 271-272. El mismo autor, y en la misma obra, clarifica perfectamente los términos, más arriba confundidos, de nulidad absoluta y nulidad relativa, págs. 278-279.

(212) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 122.

(213) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 123.

9. *Naturaleza jurídica de la sustitución de la cláusula nula por la legal, y de la previa nulidad parcial.*

a) Notemos antes de abordar este punto cómo el hecho de cuestionarnos la naturaleza jurídica de la nulidad parcial nos lleva a la pregunta sobre la sustitución automática. En efecto, nulidad parcial y sustitución automática son conceptos, si bien racionalmente diferenciables, necesariamente conexos e inseparables en su operatividad. La sustitución no puede realizarse, sino supuesta la nulidad de la parte sustituida. Porque el negocio es nulo en parte, se sustituye su parte nula, quedando vivo el resto de su contenido. La nulidad de la parte constituye un «*prius*», al menos lógico, respecto a la sustitución. Ambas se integran en una realidad compleja, compuesta de los siguientes elementos:

1. Presupuesto fáctico de operatividad: oposición del negocio, en alguna de sus partes, a la ley.

2. Amputación de esa parte, e integración de su contenido por la previsión legal sustitutiva.

3. Mantenimiento en vida del negocio así rectificado.

¿Cómo denominar esta compleja técnica? El término —consagrado— de nulidad parcial tiene el inconveniente de que, aun cuando referido al fenómeno en su totalidad, únicamente connota su punto de partida. El de sustitución automática connotaría al mismo fenómeno en su «*fieri*». El de rectificación parcial —que además, en el caso que estudiamos, sería coactiva— destacaría su resultado final.

Lo cierto es, sin embargo, que, en todo caso, el fenómeno implica —atendiendo fundamentalmente a su resultado— una nueva forma de reacción del ordenamiento frente a la infracción de sus normas. No se trata ya de desconocer lo así actuado, sino de rectificarlo. El necesario reconocimiento de la nulidad parcial es sólo presupuesto previo en orden a un resultado final distinto: la producción del efecto derivado de la ley, aun en contra de la voluntad de las partes. Se entiende, pues, que esta nueva categoría sea consecuencia de la mayor imperatividad y eficacia de la ley específicamente sustitutiva.

b) Y, esto advertido, veamos cómo se ha entendido en la doctrina el aludido fenómeno:

1') Sustitución e interpretación integradora.

Para algunos se trataría de un caso de «interpretación integrativa o supletiva del negocio». Pero, como observa Criscuoli, el concepto de interpretación integrativa comprende en sí elementos distintos, con funciones igualmente diversas: la interpretación y la integración, conceptos que no pueden identificarse y que tienen naturaleza y finalidad completamente diferentes, si no antitéticas (214).

(214) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 219. El autor ofrece aquí abundante bibliografía. En su misma opinión abunda ALLARA: *Il testamento*, 1936, pág. 341: «L'expressione interpretazione integrativa è una contraddizione in termini».

En nuestro ordenamiento, una tal concepción de la nulidad parcial como caso de interpretación integradora, debería reconducirse al artículo 1.284 del Código Civil (215). Sin embargo, la letra de dicho precepto impide la utilización de esta vía. No nos encontramos, en el caso del contrato infractor, ante cláusulas que admitan diversos sentidos. En consecuencia, no estamos ante un caso de interpretación negocial. Como dice Cariota Ferrara (216), una cosa es la interpretación, aunque sea integradora, del negocio, y otra la integración del mismo, que supone, como previa, su interpretación. Toda labor de interpretación, sea ésta pura y simple o integradora, tiende a la determinación de la voluntad de las partes, mientras que el mecanismo de la nulidad parcial funciona con independencia, e incluso en contra, de la voluntad de las partes.

2') Sustitución y conversión.

Para otros, la nulidad parcial se reconduce a la figura de la conversión (217). De Martini piensa que a través de la sustitución se realiza una conversión del negocio en su totalidad (218). Betti, por el contrario, entiende que la sustitución comporta una transformación cualitativa y, por ello, una conversión, no ya del completo negocio, sino de la cláusula o porción del mismo sustituida automáticamente por la ley. La figura de la conversión, dice, no tiene por qué afectar necesariamente al negocio en su totalidad (219).

Tampoco esta opinión satisface a Criscuoli (220). De un lado, objeta, el procedimiento coactivo de sustitución no sólo prescinde de la voluntad hipotética de los contratantes, sino que positiva-

Según la tesis de la interpretación integrativa, se dice que tal interpretación no atribuye a los contratantes una común intención más extensa de la que en realidad manifestaron, sino que a tal voluntad se añade lo que por obra de otra voluntad, extraña aun cuando ineliminable, debía entenderse incluido. En particular, MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*, 1948, págs. 360 ss., entiende por interpretación pura y simple la interpretación objetiva de los artículos 1.367 ss. del Código Civil italiano; en la interpretación integradora comprende la inserción automática de las cláusulas legales sustitutivas (artículo 1.339), mientras que presenta como integración verdadera y propia, la que se realiza, más que sobre el contenido del contrato, sobre sus efectos, a tenor del artículo 1.374 (el equivalente a nuestro 1.258). Por el contrario, para BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, pág. 344, la interpretación integrativa es la que recae sobre puntos de la regulación de intereses que, aun cuando no formulados en ella de modo expreso, se encuadran siempre, sin embargo, en el contenido del negocio.

(215) Dicho precepto, cuyo tenor es: «Si alguna cláusula de los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto», se corresponde con el invocado al respecto por la doctrina italiana: el 1.367 del Código Civil del mismo país: «Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avvrebbero alcuno.»

(216) CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 609.

(217) Esta opinión expresa, aunque de pasada, SPAGNUOLO VIGORITA, en «Prezzi», *Nov. Dig. Ital.*, XIII, pág. 840.

(218) DE MARTINI: «Il principio della conversione dei negozi giuridici», *Giur. C. Cass. Civ.*, 1946, 2.º semestre, t. I, pág. 698.

(219) BETTI: *Op. cit.*, págs. 476 y 497.

(220) CRISCUOLI: *Op. cit.*, págs. 220-223.

mente la excluye, siendo así que tal voluntad es esencial en el mecanismo de la conversión. De otro lado, la sustitución no determina un cambio en el tipo negocial, sino sólo una modificación cuantitativa en una porción de su objeto. Idéntica crítica encontramos en Cariota Ferrara (221), crítica que, por lo demás, nos parece certera aun cuando por la doctrina se hable de una conversión simple que no exigiría la transformación del tipo (222).

Añade todavía Criscuoli dos objeciones a la explicación de la sustitución automática por la vía de la conversión: Mientras la inserción de la cláusula sustitutiva tiene como finalidad la satisfacción de un interés colectivo considerado prevalente por el ordenamiento, en relación con el privado de los contratantes, la conversión tiende a la finalidad, bien distinta, de hacer posible la realización parcial del resultado perseguido por las partes mediante la estipulación del negocio, inspirándose, por tanto, en el interés privado. Además, la conversión exige que el negocio o la cláusula a convertir pueda ser utilizada en su sustancia por el ordenamiento para extraer de ella la nueva figura que sustituya a la convertida. La sustitución automática, por el contrario, excluye en absoluto la utilización de la cláusula nula, que desaparece por completo siendo sustituida por otra completamente diversa (223).

Tampoco, pues, esta explicación convence.

3') Sustitución y sanatoria.

Un tercer grupo de autores ve en la sustitución coactiva una sanatoria del negocio parcialmente nulo. Así, Messineo, e. c., mantiene que cada vez que la ley corrige la voluntad de las partes mediante la sustitución automática del contenido del negocio, por el legal, la diformidad respecto a la ley, queda sanada (224).

Sin embargo —objeta Criscuoli— la sustitución automática es ontológicamente diversa de la sanatoria. Aquella postula por sí misma la nulidad, y consiguiente desaparición de la cláusula sustituida por la ley (225). «La desaparición de las cláusulas —dice Cariota Ferrara— y la sustitución de éstas por otras, con su con-

(221) CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 303: «Falta —dice— el extremo fundamental de la conversión, pues no hay transformación del negocio o de la cláusula en otro negocio o en otra cláusula de diverso tipo... y se prescinde de todo elemento subjetivo que es esencial, como se demuestra, en la conversión.»

(222) Cfr. DÍEZ PICAZO: *Op. cit.*, pág. 305, sobre la conversión, por lo demás, aparte de la bibliografía citada en Criscuoli, cfr., entre nosotros, DE LOS MOZOS: *La conversión del negocio jurídico*, 1959; VALLET DE GOYTISOLO: *Donación, condición y conversión jurídico material*, ADC, 1952, págs. 1204 ss. Según este último autor, la conversión se define como: «Aquel fenómeno jurídico, gracias al cual un acto, negocio o documento, sustancial o formalmente nulos en su especie o tipo, resulta válido como acto, negocio o forma de especie o tipo distinto» (pág. 1303).

(223) CRISCUOLI: *Op. cit.*, ib.

(224) MESSINEO: *Op. cit.*, pág. 267.

(225) CRISCUOLI: *Op. cit.*, págs. 223-224.

siguiente inserción en el propio negocio, presupone, precisamente, su nulidad y la nulidad parcial del negocio» (226).

Además, y desde el punto de vista funcional, la sustitución no tiende a sanar el negocio, como finalidad primaria, sino a re conducir la cláusula en la órbita de la legalidad, resolviendo el problema del modo más conforme a la voluntad legal y con independencia de toda consideración de la voluntad de los interesados (227).

4') La sustitución automática como medio técnico para la conservación coactiva del negocio parcialmente nulo y legalmente rectificado.

a) ¿Cómo entender, pues, la figura de la sustitución? La sustitución, con el procedimiento que conlleva, no puede entenderse —responde Criscuoli— sino como un medio técnico especial de que el ordenamiento se vale para la conservación coactiva del negocio parcialmente nulo (228).

Así pues, si la técnica de la nulidad parcial y de la consiguiente sustitución automática, obedece al designio legal de conservación coactiva del negocio, deben confluir en ella dos principios distintos: de una parte, el de la prevalencia del interés social sobre el particular; de otra, el principio de conservación del negocio.

En relación con el primero de estos principios, afirma Messineo (229) que la sustitución del precio convencional por el de imperio (artículo 1.339 del Código Civil italiano) constituye un caso de subordinación de la voluntad de los contratantes a la del ordenamiento jurídico, respondiendo, por ello, al mismo fundamento que justifica la disciplina del artículo 1.374, si bien, mientras en el artículo 1.339 se trata de efectos legales explícitos, el 1.374 contempla efectos legales implícitos.

β) ¿Encontraremos por esta vía posible fundamentación en nuestro ordenamiento positivo al procedimiento de sustitución automática? Creemos que sí, aun cuando para ello habremos de tomar también en consideración lo que se dispone en el artículo 1.255.

En efecto, el paralelo del artículo 1.374 del Código Civil italiano es nuestro artículo 1.258. Ambos se refieren a la integración del contrato, pero en ellos, a lo que creemos, la ley aparece en su función dispositiva —más claramente, si cabe, en el precepto español— tras la regulación convencional (230).

(226) CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 303.

(227) CRISCUOLI: *Op. cit.*, íb.

(228) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 224.

(229) MESSINEO: Voz «*Contratto*», *Enciclopedia...* cit., t. IV, pág. 943.

(230) Dice el art. 1.374 del C. C. italiano: «Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e la equità». Nuestro 1.258 preceptúa: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.» Sobre la función dispositiva de la ley en este precepto, cfr. DÍEZ PICAZO: *La autonomía privada y el derecho necesario...*, cit., pág. 1163. El mismo autor, no obstante, en sus

Efectivamente, según creemos, el artículo 1.258 contempla la hipótesis de contratos lagunosos. Dichos contratos obligan «no sólo» (por tanto, además de) a lo expresamente pactado, «sino también» a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Se trata, pues, de colmar o integrar, no de sustituir. Para el caso de que parte del contrato —la que pudiera ser sustituida— se oponga a la ley, nuestro Código tiene prevista, con alcance general, otro tipo de reacción (artículo 6, 3).

Por ello, y ya que lo que ahora pretendemos encontrar es la fundamentación positiva en nuestro ordenamiento de la sustitución coactiva por nulidad parcial, no nos bastará con acudir al artículo 1.258 (integración del contrato en su contenido lagunoso), sino que habremos de inducir previamente del artículo 1.255 la primacía de la voluntad legal sobre la privada y, establecido este principio —por lo demás obvio—, contemplar desde él el contenido del artículo 1.258, para concluir de este modo la procedencia de una integración legal coactiva, preferible a la nulidad total del negocio —necesaria consecuencia de no recurrirse a esta integración—, en aras del principio de economía jurídica que en este caso se concreta en el de conservación del negocio en función del interés social y, determinadamente, en el del contratante favorecido por la norma sustitutiva integradora (231).

El campo de aplicabilidad del artículo 1.258 quedaría de este modo ampliado. La integración del contrato entra en juego no sólo a consecuencia de la imprevisión de las partes, o de las lagunas de la regulación convencional de intereses, sino, además, ante la previsión contractual contraria a ley imperativa-sustitutiva (232). No otra cosa se realiza en el caso del artículo 814, antes citado, y en los preceptos, también ya referidos, del Reglamento para la aplicación de la legislación de Arrendamientos Rústicos y de la Ley de Contrato de Trabajo.

El segundo pilar en que descansa la técnica de la nulidad parcial, y la sustitución automática de la cláusula «contra legem», es el principio de conservación del negocio, principio que, según Cariota Ferrara, puede enunciarse en los siguientes términos: «La actividad negocial debe poder mantenerse en vida lo más posible, con objeto de la realización del fin práctico perseguido» (233). Pues bien, este principio —que encuentra aplicación no sólo en materia de interpretación del negocio y de sus cláusulas ambigüas— en-

«Fundamentos...» habla de integración legal coactiva, referida, al parecer, también al art. 1.258. Por lo demás, sobre la interpretación de este precepto, cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., págs. 394-395, principalmente.

(231) Para ROYO MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 161, la «revisibilidad» —nulidad parcial, como ya sabemos— es una manifestación diáfana de la integración del ordenamiento contractual y el ordenamiento jurídico. Ambos se integran y mutuamente se suplen.

(232) Sobre esta especie de integración, cfr., e. c., LARENZ: *Derecho de Obligaciones*, ed. española, Madrid, 1958, págs. 122-123.

(233) CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 326.

cuentra en nuestro ordenamiento refrendo legal implícito, entre otros, en los artículos 1.284 (interpretación del contrato), 83, 102, etcétera (posibilidad de sanación por convalidación de negocios nulos o anulables), 715 (conversión del testamento cerrado en testamento ológrafo), etc.

Ahora bien, conviene destacar que el principio de conservación juega, en el caso que estudiamos, no en función del común interés de las partes, sino, por imperativo legal, en función del interés social, concretado en el del contratante protegido por la ley sustitutiva.

En conclusión, pues, predisuesta imperativamente en función del interés social y como medida de protección de una determinada categoría de individuos, una cierta regulación legal, y supuesto igualmente el principio de conservación del negocio, se llega a la solución técnica que supone la sustitución de la previsión contractual «contra legem» por la disciplina legal sustitutiva, y el mantenimiento en vigor del contrato, una vez efectuada en el mismo la anterior rectificación.

La nulidad parcial resulta ser así la forma más intensa de imperatividad legal. No compartimos, pues, el punto de vista de Royo Martínez que la considera como un concepto intermedio, situado entre los dos polos de la validez y de la nulidad (234). Según creemos, la nulidad parcial no debe situarse 'como grado intermedio entre la validez y la nulidad, sino —si no se la quiere considerar como especie distinta, en atención a su finalidad— más allá de la nulidad y como forma acentuada de la misma, pues si bien cuantitativamente se recorta en la extensión de sus efectos, consigue, no obstante, una mayor intensidad específica y propia al impedir al gravado por la ley sustitutiva el restablecimiento del «*statu quo*» anterior a la celebración del contrato (mediante la recíproca devolución por cada parte de la prestación que hubiese efectuado), y al permitir al protegido por la norma el logro de la finalidad que le movió a contratar, aun en contra de la voluntad de su contraparte.

La nulidad parcial de los negocios, y la sustitución automática de su cláusula nula por el contenido legal imperativo, se convierte de este modo en la más adecuada sanción civil del negocio infractor de una ley protectora o de marcado espíritu social, y en el más eficaz medio para su efectividad (235). Aplicada al caso que estudiamos, comporta el mantenimiento de la eficacia del contrato y, tras la amputación y sustitución de su cláusula nula —la que determinaba el precio— por la legal, la reintegración al comprador del sobreprecio satisfecho (236).

(234) Royo MARTÍNEZ: *Op. cit.*, pág. 160. Mucho menos podemos compartir el criterio sentado en el tercer Cdo. de la Sent., ya comentada, de 28-IV-1971; cfr.: pág. 157, nota 132.

(235) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., págs. 494-495.

(236) Así resolvió la Audiencia Territorial de Sevilla un caso de compraventa con precio ilícito, en Sentencia de 15 de abril de 1952, posteriormente

10. *Propiedades de la nulidad parcial coactiva.*

Examinadas, pues, la estructura y dinámica de la nulidad parcial coactiva, conviene indicar ahora sus atributos más relevantes. Estos atributos, según indica Criscuoli (237), derivan sustancialmente del concepto genérico de la nulidad, no siendo, por tanto, diversos en su género de los de la nulidad total, respecto a los cuales, toda propiedad específica propia de la nulidad parcial, tendrá su origen en la peculiar circunstancia de que la extensión de sus efectos no alcanza al negocio en su totalidad, sino sólo en una de sus cláusulas. En nuestra opinión —y vamos a tener muy pronto ocasión de comprobarlo—, la nulidad parcial tiene también peculiaridades propias que derivan de su acentuado carácter protector.

a) Irrelevancia jurídica de la parte nula.

La consecuencia más inmediata y evidente de la nulidad parcial es que la porción nula del contenido del negocio carece en absoluto de efectos jurídicos. El «quod nullum est, nullum producit effectum» es aquí de completa aplicación, si bien —ya se entiende— restringido a la parte afectada por la nulidad (238).

No se opone al mencionado principio que, si bien la parte negocial nula no produce los efectos que le serían propios en adecuación con la declaración de los contratantes —los efectos jurídicos «congruos», en expresión de la Sentencia de 9 de enero de 1933—, pueda sin embargo funcionar como ocasión —que no causa— de efectos diversos, derivados directamente de la ley. La parte negocial nula, aunque no produce los efectos negociales previstos y queridos por las partes, supone, por su mera existencia, que las

casada por el T. S., en 9 de enero de 1958. Razonaba la Audiencia de Sevilla del siguiente modo:

«Que lo único que contraviene a la ley en el contrato de compraventa a precio superior al de tasa, de cosas cuyo comercio es permitido, y eso fue lo sancionado en el caso de autos por el Organismo competente, es precisamente la excesividad del precio, que se hace así, en la terminología de la legislación de tasas, abusivo, y que queda formado por dos partes, el precio legal, y el exceso, que se integran en el pactado, y como en el caso de arrendamientos de predios rústicos por tiempo menor del legal, el pacto «contra legem» es nulo en cuanto contraviene a la ley, a la que por ministerio de la misma queda sujeto el contrato, y por ello la convención fijando un precio abusivo en la compraventa, queda nula «ope legis» en cuanto al exceso, por lo que procede en el caso de autos así declararlo, sin que tal declaración sea incongruente con las peticiones de las partes, pues, pedida por una la nulidad del contrato, y por otra la absolución de la demanda, la sentencia que declare nula solamente una parte de la convención, hace declaración concediendo parte de lo solicitado en la demanda.

Que, sentado lo anterior, es clara la obligación del demandado... a devolver al Sr. ... la parte abusiva del precio que pactaron, o sea 73.470 pesetas, diferencia entre 76.470, precio legal señalado en la Resolución de la Fiscalía de Tasas, y 150.000 pesetas, precio pactado.»

(237) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 294.

(238) Sobre el exacto significado de esta regla, cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España...*, cit., pág. 538; CARIOTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 279.

partes han observado una conducta «por la que se sitúan en la esfera de previsión de la norma» (239), provocando la entrada en acción de la misma, en sustitución del contenido de la cláusula nula.

b) Su operatividad «ipso jure».

La total carencia de efectos de la parte negocial nula no está subordinada a una añadida declaración, sino que se produce «*ipso jure*». La parte negocial nula importa deficiencias intrínsecas de suficiente entidad como para exigir una reacción inmediata del ordenamiento, el cual, en consonancia con la conciencia social (240), resuelve el problema de su tratamiento en el sentido de su inmediata y completa carencia de efectos (241).

Implica ello que la nulidad parcial se produce sin necesidad de intervención judicial. Esta, no obstante, será inevitable en algunos casos; así cuando se requiera para vencer la resistencia de quienes sostengan la validez y, en especial, cuando sea necesaria para borrar la apariencia de validez de que goce el negocio, constatando —sentencia declarativa— la irrelevancia absoluta de la parte negocial inválida, por cuanto infractora de la disciplina legal imperativa (242).

Síguese igualmente del carácter «*ope legis*» de la nulidad parcial, la legitimación activa en orden a la acción de declaración de nulidad, no sólo a favor de quien fue parte en el negocio y de sus herederos o causahabientes, sino también a favor de los terceros extraños, siempre que en ello ostenten algún interés legítimo (243).

Es más, dicha nulidad puede ser apreciada por los Tribunales «*ex officio*», conclusión ésta a la que se ha llegado —en relación con la genérica sanción de nulidad— aunque para ello se haya tenido que superar el principio de justicia rogada, predominante en el procedimiento civil, y dejar de lado la exigencia de que la Sentencia sea congruente con la demanda (244).

c) Oponibilidad «erga omnes».

La nulidad parcial es oponible frente a todos. Por tanto, si el pacto nulo se ha llevado a efecto, puede pedirse «*erga omnes*» que se restablezca la situación al estado en que se encontraría si se hubiera pactado según la disciplina legal imperativa.

Queda sometida la repetición, en el caso de infracción de las normas interventoras en materia de precios, a la disciplina establecida en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, como en la

(239) HERNÁNDEZ GIL: *Op. et loc. cit.*

(240) Recuérdese cuanto sobre este punto decía JAPIOT en los párrafos citados en la primera parte al tratar del orden público, de su funcionalidad respecto a la categoría de la nulidad, y de la dependencia de ambos respecto a la conciencia social imperante. Cfr. pág. 115.

(241) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 253.

(242) CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 254; DE CASTRO: *El negocio jurídico*, pág. 475.

(243) CRISCUOLI: *Op. cit.*, 255; DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 290.

(244) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, pág. 476; DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...*, pág. 290.

segunda época antes señalada mantuvo el Tribunal Supremo? La respuesta debe ser decididamente negativa. La ley interventora, ley que sirve intereses sociales prevalentes y que cumple una clara función tuitiva, alcanza el más intenso grado de imperatividad al sustituir «ipso jure» el pacto en contrario, y crea a favor del sujeto perteneciente a la categoría protegida «un derecho subjetivo en sentido estricto, sin que la renuncia tácita que pudiera apreciarse en la estipulación contractual sobre la superación del límite legal, pueda tener eficacia, en cuanto va en contra del interés público, cumpliéndose, por tanto, el supuesto previsto en el artículo 4 del Código Civil (hoy 6, 2) y con él, la ineficacia de aquélla, de lo cual resulta la potestad del comprador para hacer valer la fuerza del precio marcado e impuesto sobre aquel otro que se estipuló en contra de la ley, y la consiguiente acción para obtener la reducción por nulidad relativa (debería decir parcial) del convenio» (245).

La ley que por su imperatividad, con fuerza sustitutiva impide la renuncia al propio derecho, sería inconsecuente consigo misma si estimara dicha renuncia —implícita y debida a la desigualdad económica que trata de neutralizar— como concurrencia en la culpa que la infracción supone, negando, en consecuencia, al sujeto protegido el derecho a accionar para obtener el reconocimiento de lo que la ley le concede sin necesidad de la colaboración de la voluntad de su contraparte y sin necesidad, incluso, de su propia voluntad estrictamente negocial. La protección legal que se opera por la figura de la nulidad parcial y consiguiente derecho al reintegro del sobreprecio —ya lo vimos— no está sometida a criterios subjetivo-voluntaristas, sino al prevalente criterio objetivo-legal, para cuya eficacia el expediente de la nulidad parcial, y su viabilidad judicial, son condiciones indispensables (246).

(245) MORENO MOCHOLI: *Op. cit.*, págs. 466-467. En el mismo sentido, por ejemplo, y en materia paralela en Derecho laboral, cfr. ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Madrid, 1971, págs. 384-385: «Es la presunta inferioridad de hecho de su situación contractual, la que se quiere corregir con la irrenunciabilidad y la imperatividad estricta de la norma laboral...» No compartimos en este punto el criterio de MORENO MOCHOLI: *Op. cit.*, págs. 467-468, que tras afirmar, como hemos visto, el derecho de reducción a favor del comprador que no ha cumplido la obligación de pagar el precio, lo niega a renglón seguido al comprador que ya haya satisfecho la misma obligación, y ello sobre la base de que el pago, «al representar nuevo consentimiento y conformidad del que paga y del que lo acepta, supone un nuevo negocio jurídico, en cierto modo independiente de aquel otro en que tiene su causa o razón de ser, ... por ello..., si el deudor se aviene al pago, consiente una prestación con renuncia implícita de la facultad que tuviera para accionar contra el exceso, sin que a esta renuncia le sea aplicable ya el argumento de invalidez que antes analizaba para el supuesto tratado en primer lugar».

(246) Por esta razón nos resultaba criticable la doctrina mantenida en la ya comentada Sentencia de 21 de junio de 1963. Tampoco creemos acertado el artículo 4 del Decreto de 17 de noviembre de 1966 (Ministerio de Comercio) sobre disciplina de mercado, a cuyo tenor: «Serán responsables de las infracciones administrativas en materia de disciplina del mercado —materia que obviamente comprende el régimen de ordenación de precios llevado a cabo por

Con otras palabras lo indicaba Barcellona al decir que del carácter protector de la norma interventora se puede deducir, ante todo, la no incidencia de su violación en el plano de la nulidad (total, diríamos nosotros) del acto, sino en el de la «tutelabilidad» —medios, ámbito y presupuestos— del interés protegido (247). tutelabilidad que se realiza por el mantenimiento del contrato rectificado, que necesariamente implica la nulidad de parte de su contenido y su sustitución por el mandato legalmente predispuesto.

Por lo demás, recordemos que la repetibilidad del sobreprecio en los términos en que venimos defendiéndola, no es sino un reflejo de la novedad y peculiaridad del entorno en que la medida interventora se inserta: el nuevo orden público económico, categoría ésta que para su más intensa fuerza conformadora sustituye la anterior y neutral sanción de nulidad total por una nulidad parcial de protección (248).

norma del mismo Ministerio, de 24 de octubre del mismo año—los que hubieren participado en las mismas. El adquirente de los productos o mercancías, o usuario del servicio, sólo se considerará responsable en el caso de que haya actuado con conocimiento de la ilicitud de la transacción.» Con mayor fortuna, el artículo 31 de la Orden ministerial de 24 de octubre, ya citada, por la que se llevaba a cabo la regulación de precios, admitía la posibilidad de reconocimiento —en vía administrativa— del derecho del comprador al reintegro del sobreprecio, siempre que éste no hubiera inducido o cooperado en forma directa a la infracción sancionada. Creemos que éste debe ser —en todas las esferas— el criterio adoptable. Sólo cuando el sujeto protegido desmerezca la protección de la ley tutiva por no encontrarse en la situación real que sirve de fundamento al carácter protector de la ley —hecho que se manifiesta en su propia conveniencia de contratar a precio ilegal (piénsese en compras ilícitas con ánimo de reventa en el mercado negro)—, es decir, sólo cuando el comprador deje de ser la persona necesitada que la ley ampara, para convertirse en un especulador más, perderá el derecho al sobreprecio y merecerá, además, las oportunas sanciones. Por el contrario, el mero hecho del conocimiento de la ilicitud no creemos que sea razón suficiente para negar la protección legal inicialmente ofrecida, sobre la base de una supuesta responsabilidad determinante de concurrencia de culpas.

Vide precisiones sobre este punto, en AULETTA, Giuseppe: *Risarcimento del danno e prezzi d'imperio*, «Riv. Dir. Comm.», Gennaio-Febbraio 1947; págs. 8-10.

(247). BARCELLONA: *Op. cit.*, pág. 238.

(248) Cfr. BERNARD, Paul: *La notion d'ordre public...* cit., pág. 39; RIPERT: *Le Régime...* cit., págs. 264-265: «Il n'est pas sur, tout d'abord, que les deux parties aient le droit de demander la nullité du contrat. Il se peut, en effet, que la règle édictée par le législateur tende à maintenir un ordre qui est utile, mais utile seulement à une catégorie déterminée de contractants, par exemple les acheteurs, les locataires. La nullité apparaît alors comme une nullité de protection. Il ne s'agit pas, comme dans la nullité relative du Code Civil, de la protection d'un contractant déterminé à raison de son incapacité ou du vice de son consentement; la nullité reste une nullité absolue; elle est pourtant traitée comme si elle était relative, en ce sens que l'un des contractants pourra seul demander la nullité du contrat: par exemple l'acheteur reclamera la nullité de la vente, le locataire la nullité du bail, l'assuré la nullité de l'assurance, cependant que le vendeur, le propriétaire ou l'assureur devra subir le contrat si l'autre partie n'en reclame pas la nullité... La raison en est que la sanction la plus efficace de la règle légale est de laisser une des deux parties maître du contrat...»

d) Insanabilidad.

La nulidad parcial es perpetua e insanable. Es aquí de aplicación cuanto, en general, está establecido respecto a la acción normal de nulidad: La acción de nulidad, en cuanto acción meramente declarativa, no está sometida a ningún plazo de ejercicio y debe ser considerada como una acción imprescriptible. El paso del tiempo, se dice, no puede convalidar un contrato —aquí una cláusula— inicialmente nulo: «quod ab initio vitiosum est, non potest tracto tempore convalescere» (249).

Sin embargo, el carácter imprescriptible de la acción debe entenderse respecto de la declaración de nulidad, pero no, en cambio, por lo que se refiere a la restitución de las cosas que hubieren sido dadas, entregadas u obtenidas en virtud del contrato nulo. Los efectos restitutorios parece que están sometidos al plazo normal de prescripción de las acciones personales, que es el de quince años (artículo 1.964) así como a la posibilidad de que tales cosas sean usucapidas, bien mediante una usucapión ordinaria, si en el usucapiente concurren la buena fe y el justo título, o bien mediante una usucapión extraordinaria (250).

Esta es la solución aplicable entre nosotros, en defecto de norma expresa al respecto. En Italia, por lo que hace a la concreta materia de los precios de imperio, existe un determinado límite temporal —seis meses a partir del día en que se efectuó el pago— que debe entenderse como término de caducidad del ejercicio de la acción de repetición por parte del comprador que satisfizo precio superior al legal (251).

11. Objeciones opuestas en la doctrina contra la tesis de la nulidad parcial.

No podemos cerrar este capítulo sin hacer una breve referencia a las críticas que en la doctrina se han opuesto a la técnica de la nulidad parcial coactiva y de la integración «ope legis» de la parte negocial nula por la disposición legal sustitutiva.

En primer lugar se ha objetado que la sustitución, por el legal, del precio fijado por las partes, subvierte el equilibrio contractual convirtiendo al contrato en fuente de sacrificio para sólo uno de los contratantes. Se atenta así gravemente contra la libertad contractual sin tener en cuenta que si el contratante sacrificado hubiera podido prever la sustitución «ex lege», no habría concluido el contrato. Dicha sustitución transforma el contrato en «Diktat», o sea, en algo que una de las partes padece, pero que no habría aceptado libremente, de conocer el mecanismo de la sustitución automática (252).

(249) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos...* cit., pág. 302.

(250) Cfr., en el mismo sentido, CRISCUOLI: *Op. cit.*, pág. 260.

(251) Cfr. D. Lg. C. P. S., n. 896 de 1947, art. 12.

(252) MESSINEO: *Op. cit.*, pág. 493. En el mismo sentido, RUBINO: *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, en «Mon. cred.», 1948, pági-

Cuanto en la primera parte de este trabajo expusimos sobre la crisis de la autonomía de la voluntad y su matización por obra de las actuales corrientes socializadoras, nos evita tener que extendernos en la respuesta a esta primera crítica. Ciertamente la técnica criticada recorta la libertad contractual, pero no es menos cierto que al hacerlo, por ser un equilibrio meramente formal el subvertido, se posibilita en cierta medida otro equilibrio más importante: el material, a cuyo servicio debe siempre ponerse una adecuada jurisprudencia realista.

Se objeta en segundo lugar que la sustitución automática favorece al contratante de mala fe, como sería el caso de quien estipula, consciente de la existencia de la norma sustitutiva y con el propósito de valerse de ella, para obtener, con daño de la contraparte, la inserción al contrato concluido del precio impuesto. La posibilidad indicada agrava —se dice— la iniquidad de la norma, no siendo posible distinguir entre el caso en que el contratante acceda al contrato con esta intención, y aquel en que lo haga sin tal mala fe (253).

Tampoco esta dificultad es consistente. Quien con el ánimo descrito pueda intentar la conclusión del contrato, está investido por la ley de un poder concreto en orden a dicha conclusión en las condiciones imperativamente determinadas. El hacer uso de ese poder nunca puede constituir una actuación de mala fe. Mejor cuadraría tal calificativo a quien quisiera imponer en la convención un precio ilícito, previéndose de su situación económica, o a quien por evitar el precio legal, con evidente daño del contratante rehusado, se negare a la conclusión del contrato. Se comprende desde esta perspectiva la perplejidad de Barcellona ante la distinción —generalmente admitida— entre obligación de dar un cierto contenido al contrato y obligación de contratar (254), perplejidad que, en la concreta materia que estudiamos, se afianza al comprobar en la legislación interventora la obligación de venta indiscriminada, impuesta a través de severas penalizaciones del almacenamiento de la mercancía u objeto intervenido (255).

Se niega —tercera objeción— que la sustitución automática pueda justificarse por la «socialidad» de la materia regulada, «socialidad» que puede justificar sacrificios de la libertad contractual, si bien no tan graves como el que resulta de la nulidad parcial, y a la que se proveería suficientemente mediante la nulidad del contrato en su totalidad (256).

También esta dificultad queda suficientemente respondida con lo que más arriba hemos dicho sobre la necesidad de la técnica estudiada en orden a la eficacia de una legislación realmente niveladas 530 ss.; *La compravendita*, Milano, 1962, pág. 266. Entre nosotros se adhiere a esta crítica DÍEZ PICAZO: *Estudios de Jp. Civil*, cit., pág. 542.

(253) MESSINEO: *Op. cit.*, ib.

(254) BARCELLONA: *Op. cit.*, págs. 45, 95, 140 ss.

(255) Cfr. al respecto VILLAR PALASI: *Poder de policía y precio justo...*, cit., página 49.

(256) MESSINEO: *Op. et loc. cit.*

dora. Baste recordar de nuevo los testimonios de Royo Martínez y De Castro en este sentido (257).

Resultaría además fuera de propósito —se insiste— invocar en defensa de la nulidad parcial y consiguiente integración automática, el principio de conservación del negocio. En efecto —se dice— no debe perderse de vista que dicho principio es legítimo cuando su aplicación favorece a ambas partes, evitándoles la conclusión inútil del contrato. En nuestro caso, por el contrario, la ventaja se produce sólo para una de las partes y no puede, pues, entenderse que en la base de la conservación se encuentre sobreentendida la común voluntad de ambas, elemento éste indispensable y capital en toda interpretación contractual (258).

Tampoco esta objeción nos coge desprevenidos. En páginas anteriores hemos distinguido dos especies distintas de nulidad parcial. En la primera de ellas, recogida en el párrafo primero del artículo 1.419 del Código Civil italiano, la común voluntad de las partes obtiene rango de criterio guía indispensable, toda vez que dicha nulidad parcial se resuelve, en última instancia, en un problema de interpretación contractual. No ocurre lo mismo en la segunda, en la que el mecanismo de conservación del contrato sirve intereses sociales concretados en la protección de una determinada categoría de sujetos, por lo que su operatividad no depende de criterios subjetivos, sino que deriva directamente de la imperatividad propia de la ley sustitutiva. Insistir en este punto sería volver sobre ideas ya expuestas.

Finalmente se opone que estaría fuera de lugar referirse al instituto de la conversión del contrato, como justificación del fenómeno de sustitución. El contrato sólo es convertible cuando a los dos sujetos que en él intervienen como partes pueda atribuirse la voluntad de que un nuevo contrato, válido y con efectos diversos, sustituya al anterior nulo (259).

Tampoco en esta ocasión nos es necesario detenernos en la respuesta. En su momento distinguimos suficientemente, a lo que creemos, la técnica de la conservación del contrato rectificado por ley imperativa y la de la conversión. Si bien la segunda necesita el concurso de la voluntad de ambas partes, la primera, por fundarse en el imperativo legal, opera «ex lege» sin necesidad de dicho concurso.

12. *Conclusión.*

Para concluir podemos, pues, afirmar que la técnica de la conservación del contrato rectificado mediante la sustitución automática de su cláusula nula, constituye la sanción civil más adecuada a la infracción de las normas sobre política de precios y el más eficaz medio en orden a su real efectividad.

(259) ROYO: *Op. cit.*, págs. 159-160; DE CASTRO: *El negocio jurídico*, páginas 494-495.

(258) MESSINEO: *Op. cit.*, pág. 944.

(259) MESSINEO: *Op. et loc. cit.*

La indicada técnica aparece en todo concorde con la finalidad social de las leyes en que opera y constituye específico medio de realización del «nuevo orden público económico».

Por otra parte, la nulidad parcial, al dar cauce al derecho del comprador a la repetición del sobreprecio, proporciona una justa solución al conflicto de intereses, obviando los inconvenientes que de otro modo derivarían de la indiscriminada aplicación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

La nulidad parcial es además —y no sólo la fundada en la común voluntad de las partes, sino también la imperativa— expediente conocido y practicado en nuestro ordenamiento jurídico-privado, tanto en el Código Civil y leyes civiles especiales de marcado carácter social, como en el Derecho laboral.

Constituye, por otra parte, la nulidad parcial el medio de solución más conforme con la normativa interventora que entre nosotros viene determinando precios imperativos. Tales normas, si bien no se refieren de modo técnico a la sustitución automática y a la nulidad parcial, predisponen una regulación del conflicto que prácticamente llega a sus mismos resultados: mantenimiento en vida del contrato infractor y devolución al comprador del sobreprecio pagado, siendo esta solución la que de modo uniforme y constante viene aplicando la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo al conocer de estos casos con ocasión de los recursos de los particulares contra las resoluciones gubernativas sancionadoras (260).

Finalmente, la solución operada por el mecanismo de la nulidad parcial y consiguiente sustitución de la cláusula nula, está perfectamente en línea con el Código Civil italiano, código que en éste, como en otros puntos, se manifiesta como el ordenamiento civil más conforme con las exigencias sociales del tiempo presente y más eficazmente superador de la inspiración individualista liberal de la época codificadora.

(260) La cita de Sentencias sería interminable. Por relacionar sólo algunas de las más recientes, cfr.: 9-XI-64, 1-III-65, 26-X-65, 13-XI-65, 13-III-68, 4-VI-68, 14-I-69, 20-III-69, 16-IV-69, 2-X-69, 10-X-69, 25-X-69, 17-I-70, 30-I-70, 25-III-71, 15-X-71, 18-I-72 (esta Sentencia fundamenta el derecho de repetición en el artículo 344 del Código de Comercio y 1.101 del Código Civil), 15-III-72, 3-V-72, 7-IV-73. Todas estas Sentencias se refieren a Viviendas de Protección Oficial. En materia de Abastos es más difícil que la reintegración del sobreprecio sea una medida prácticamente viable, sobre todo cuando se trata de ventas de escasa cuantía y celebradas en gran número. Quizá esto explica que el artículo 31 de la Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966, diga que «en la resolución administrativa podrá reconocerse el derecho del perjudicado al reintegro de la diferencia entre el precio lícito y el realmente satisfecho». De todos modos, también en esta materia se ha reconocido dicho derecho; cfr. Sentencia de 4 de febrero de 1972 (se trataba de la venta de una considerable partida de aceite). Igual dificultad en cuanto a la reintegración del sobreprecio ofrece otro de los particulares campos intervenidos: el de espectáculos públicos. La Administración se ha limitado a sancionar la elevación abusiva de precios, sin que la entidad de las infracciones, singularmente consideradas, permita la viabilidad práctica de la técnica de la nulidad parcial, dificultad ésta que, por lo demás, sería común a todo instituto jurídico aplicable.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA: "La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacéutica". Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1974. 543 págs.

Se incluyen en este volumen los textos revisados y reelaborados de las ponencias y discusiones que tuvieron lugar en el marco de los "Coloquios sobre la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas y la industria farmacéutica española", organizados por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección del profesor doctor don Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, que se celebraron en dicha Universidad durante los días 25, 26 y 27 de mayo de 1972.

La organización de los Coloquios respondió en su día, según palabras de su director, a la necesidad de abordar en profundidad un tema de indudable complejidad y repercusión práctica, cuyo estudio no puede plantearse desde un punto de vista asépticamente jurídico, puesto que no cabe ignorar la importancia fundamental que presentan los aspectos científico-técnicos y económicos de la cuestión. A este planteamiento responde la selección de los temas objeto de las diversas ponencias que se recogen en el libro, desarrolladas por destacados especialistas en la materia, con lo cual se ha conseguido un estudio global del problema, en el que se aúnan los aspectos científico y práctico, e independiente de los diversos intereses implicados en el tema.

Dado que en su día se publicó una amplia reseña del contenido de las ponencia en este "Anuario de Derecho Civil (Vid. T. XXVI, fasc. IV, octubre-diciembre 1973, págs. 1061 y sigs.) basta mencionar aquí los títulos de cada una de ellas, cuyo simple enunciado pone ya de manifiesto la amplitud y complejidad de los temas tratados. Estos fueron los siguientes: "Problemática jurídica de la protección de las invenciones farmacéuticas en el Derecho vigente", por don José Banús Durán; "Producto y procedimiento en las invenciones químicas y farmacéuticas", por don Angel Vian Ortuño; "Posibilidades y perspectivas de la investigación farmacéutica en España", por don Luis Morros Rodríguez; "La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas", por don Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano; "El ámbito de protección de las patentes de procedimiento farmacéutico", por don Carlos Fernández-Novoa; "Licencias

obligatorias e invenciones farmacéuticas", por don José Antonio Gómez Segade; "Las licencias contractuales de patente y la industria farmacéutica española", por don Juan José Gómez Fontecha, y "Aspectos económicos vinculados a la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas", por don Alfredo López Vivié.

A continuación del texto de cada ponencia se recogen las diversas intervenciones de los participantes en los Coloquios suscitadas en los debates que siguieron a la exposición de aquellas. Estas discusiones constituyen un importante complemento de la exposición contenida en las ponencias en cuanto contienen sugerencias, subrayan aspectos concretos y ponen de manifiesto los puntos más polémicos de la cuestión, tanto en la esfera científica como en lo relativo a su incidencia en los medios industriales interesados.

Se incluye finalmente, en forma de apéndice, un extracto del Anteproyecto de Ley de Patentes elaborado por la Comisión Oficial del Ministerio de Industria para la Reforma del Estatuto de la Propiedad Industrial, documento que por no haber sido publicado resulta de gran interés como punto de referencia para el estudio de los temas desarrollados con vistas a una posible reforma, ya que las líneas fundamentales de la misma se hallan en él contenidas.

El libro constituye, en definitiva, una interesante aportación en el estudio de uno de los campos más polémicos y de mayor interés y actualidad dentro de la Propiedad Industrial.

José MACÍAS MARTÍN

ENGLER, Helmut: "Auf dem Weg zu einem Adoptionrecht". Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Band 72; Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld 1972, 160 páginas.

¿Existe ya, o está en vías de formación, un "ius commune" europeo en materia de adopción? Fue una de las preguntas que se plantearon en el curso de Derecho comparado sobre adopción que se desarrolló en el mes de agosto de 1974 en la Facultad de Santiago, bajo los auspicios de la F.I.E.D.C. de Estrasburgo, con intervención de los profesores Raynaud (París), Müller- Freinfels (Freiburg i. Br.) y el que firma esta resección. La respuesta fue predominantemente afirmativa si se tienen en cuenta las leyes últimamente promulgadas sobre la materia en los países de Europa occidental y los proyectos en curso; y aún pudiera extenderse el ámbito del posible derecho uniforme a los países del Este, pues sus leyes sobre adopción no difieren tanto de las occidentales como otras instituciones familiares.

La República Federal Alemana se está incorporando con retraso a este movimiento reformista, pese a tratarse de una institución floreciente en el país, pues se calculan en 6.000 las adopciones anuales que allí se formalizan. El derecho vigente parte de la original regulación del B.G.B.,

fuertemente inspirada en el "Code civil" francés, modificada por la Ley de 1933 que otorgó a los jueces un poder de apreciación sobre los requisitos de fondo; en 1938 y 1950 hubo reformas de detalle; la Ley de 1961 redujo la edad mínima de 50 a 35 años, convirtiendo en regla general la adopción de menores de edad y permitiendo excepcionalmente suplir el consentimiento de los padres y la intervención de apoderado. Pero estos retoques parciales han hecho sentir la necesidad de una reforma a fondo de la adopción con fuerte inspiración en las legislaciones extranjeras; en estudio desde hace varios años, tal reforma se realiza por etapas, y así la Ley de 7 septiembre 1973 ha introducido algunas modificaciones (reducción de 35 a 25 años de la edad mínima del adoptante, posibilidad de adoptar en caso de simple indiferencia de los padres, etc.) que constituyen un avance de la reforma total orientada a introducir como tipo básico la "Volladoption".

Debe destacarse la actualidad e interés de la presente obra, a pesar de ser anterior a la Ley de 1973. Su autor es un especialista (a su pluma se debe el comentario a los párrafos 1751 a 1772 del B.G.B sobre la "Annahme an Kindes Statts" de la 10-11.^a edición del "Staudinger Kommentar") que no se limita aquí a exponer el derecho vigente, sino que adelanta las líneas generales de la futura ordenación; de gran interés es el apartado dedicado a la tipología de la adopción, así como la institución de los intermediarios o mediadores en la adopción, que ha merecido del legislador alemán una curiosa regulación.

La obra es valiosa además por los materiales que contiene su apéndice; en particular, el texto de la Convención Europea de 1967, el derecho vigente en la República Democrática Alemana y en Austria, así como el Proyecto suizo de 1971.

Gabriel GARCÍA CANTERO

J. L. DE LOS MOZOS, "El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística", en Ministerio de la Vivienda, Secretaría General Técnica, "Tratado de derecho urbanístico", Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974, 368 págs.

Una vez más, el profesor José Luis de los Mozos ha hecho otra aportación al desarrollo científico del pensamiento jurídico español. Si es verdad que éste se caracteriza, como afirman sus más destacadas corrientes de opinión, por el continuo autoanálisis progresivo de sus fuentes, no es menos cierto que su desenvolvimiento exige la difícil posición metodológica que debe combinar, desde un lado, un agudo conocimiento de las prácticas y de las necesidades sociales actuales, así como, desde otro, el manejo de la más depurada técnica de la investigación histórica. Ambos elementos concurren, por cierto, en la obra del profesor De los Mozos. Digno sucesor desde su cátedra salmantina, de aquellos que, ya en los dorados seiscientos sentaron las bases de aquella metodología, el profesor de los Mozos ha dado muestras abundantes en sus obras ante-

riores de las condiciones de sensibilidad, oficio y erudición que lo destacan como uno de los más importantes privatistas españoles, precisamente de aquellos que, desde la historia y trascendiendo las fronteras nacionales, forman escuela proyectándose hacia el futuro, tanto como consumado civilista como —alerta a las exigencias que el desarrollo económico impone a la ciencia del derecho— agrarista y urbanista. En todos estos campos, leal a la segura guía de su maestro don Ignacio Serrano y Serrano, el profesor De los Mozos ha producido numerosos y significativos trabajos, que no es aquí del caso referir.

Concretándonos a su definitivo estudio sobre el derecho de superficie —una de esas figuras que, por antiguas, carecen de contornos completamente nítidos— destaca, en primer lugar, el hecho que nos encontramos ante una obra tan importante como necesaria desde los más variados puntos de vista. Aparte de la multitud de sugerencias que para la práctica y para la política legislativa ella contiene, resalta la sistemática verdaderamente ejemplar de la obra.

Es así como, tras reconstruir en el Capítulo I (págs. 21-51) los difusos orígenes del instituto en las fuentes de la jurisprudencia romana clásica, sigue el autor con destreza todas sus visicitudes en el proceso de vulgarización, hasta conceptualizar críticamente la disciplina que recibe en la compilación justiniana. Pero el estudio no se limita a una simple descripción evolutiva, sino que problematiza con profundidad el significado de su progresiva transformación en un “ius in re” plenamente tutelado. Asimismo, prosigue el Capítulo II (págs. 55-81) la investigación en el derecho intermedio, en la que puede observarse un fructífero trabajo por el manejo directo e inteligente que el autor hace de las fuentes, principalmente, aunque no exclusivamente, españolas, que lo consagra como un experimentado conocedor de ellas.

Hasta aquí el estudio, como es lógico, presenta un fuerte carácter historicista, que el autor correctamente no abandona en el Capítulo III (págs. 85-118) para el completo análisis que hace del tratamiento que la codificación y la pandectística decimonónica dan a la institución, así como para el estudio comparado de la legislación especial posterior. Para este efecto, ha seleccionado y estudiado el profesor De los Mozos en el Capítulo IV (págs. 122-167) las más recientes e importantes novedades normativas del occidente europeo, lo que le permite más adelante, en el Capítulo V (págs. 171-223), perfilar los más modernos contornos del derecho real de superficie como un instituto al servicio del desarrollo urbanístico racional, hecho que viene a peculiarizar la nueva función de la referida institución, debidamente tecnicizada.

Agotado, por su parte, el estudio histórico y comparativo del derecho de superficie, el Capítulo VI (págs. 227-266), tal vez uno de los de mayor interés científico, viene dedicado a la investigación dogmática propiamente tal. Sin poder detenernos ahora en su detalle, debe destacarse la claridad y seguridad con que progresivamente van despejándose las incógnitas, así como las erróneas concepciones que identifican el derecho real de superficie con la llamada accesión invertida, con el derecho real de vuelo, con el censo enfitéutico o con la propiedad separada, tan ca-

racterística de las épocas de vulgarización, para concluir a este respecto que su naturaleza jurídica no puede ser otra que la de un derecho real, tipicidad especialmente ajustada con la disciplina normativa que la institución recibe en la legislación urbanística vigente.

Aún más, con el objeto todavía de redondear íntegramente el campo del instituto estudiado, vienen dedicados a la sistemática positiva los Capítulos VII, VIII y IX (págs. 269-292, 296-321 y 325-342, respectivamente) en los que magistralmente se agotan todas sus posibilidades, comprendiendo el estudio de sus elementos reales y personales, modalidades de constitución, contenido de las facultades que este derecho real legitima a su titular, así como, por último, las obligaciones correlativas y sus derechos anexos, la extinción del derecho y sus efectos derivativos.

Todo ello resulta hábilmente analizado por la definida actitud científica del autor, aquella de no desvincular la dogmática de la realidad, de integrar la ciencia en la historia, la teoría en la praxis, en su dialéctica de continuidad.

Culmina la obra un conjunto expeditivo de índices, tanto de autores como de materias, destinados a facilitar el uso rápido del texto y de su complejo material bibliográfico. Conforme a la más fina técnica de investigación, precede a cada capítulo un apretado planteamiento que recoge las ideas principales que, en cada uno de ellos, después se van a desarrollar. Por cierto, esto ayudará a incrementar el área de influencia de este libro hacia el público no letrado que encontrará en ella, además, recogida en el Apéndice (págs. 345-346), la última legislación extranjera sobre la materia.

Sin duda que la calidad de la obra es digna de los méritos del autor. No sólo se clarifica el complejo contenido dogmático del instituto estudiado, sino que se lo tecnifica en función de su utilización moderna.

En suma, el libro del profesor De los Mozos, como otros debidos a su creciente y constante producción científica, presenta enorme interés para todo jurista y, nos atrevemos a decir, conscientes de lo que esto significa, para todo legislador, dada la claridad y coherencia expositiva que se puede observar en el certero desenvolvimiento dogmático que transcurre a lo largo de toda la obra.

Con toda seguridad, este libro será lectura obligada para todos aquellos juristas que, sea en la investigación, en la docencia, o bien en la práctica profesional, se enfrenten con las complejas incidencias que el desarrollo económico y la concentración industrial plantean a la problemática del urbanismo en la hora actual.

Carlos S. VATTIER

ROJO Y FERNANDEZ RIO, Angel: "La responsabilidad civil del fabricante". Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1974. 334 págs. (con un prólogo de Gerardo Santini).

El tema de la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por los productos a los usuarios o consumidores, ha ido ganando en los últimos tiempos una importancia práctica de primera magnitud y ha dado lugar a una extensa bibliografía jurídica en la doctrina europea, especialmente en Alemania, Italia y Francia. Entre nosotros, en cambio, han sido muy escasos los trabajos dedicados a una cuestión que se caracteriza, como dice el profesor Rojo, en las páginas iniciales de este libro, por lo insatisfactorio de las soluciones que el derecho vigente ofrece y por la situación de indefensión individual y social ante los resultados defectuosos de la producción, que ha podido originar un más alto desarrollo industrial y ante el continuo proceso de revisión de las directrices jurídicas heredadas del pasado.

En alguna medida el problema de la responsabilidad civil directa del fabricante frente a las personas dañadas en su integridad, en sus bienes o en su patrimonio por los productos defectuosos puestos por él en el mercado, es un problema nuevo. Y lo es por dos tipos de razones. La primera, por el nuevo carácter que la producción, como producción de bienes en masa, asume desde la revolución industrial, con el coeficiente multiplicador que todo ello lleva consigo en los eventos productores de daños. Y en segundo lugar por una cierta modificación, que el autor destaca, en la estructura y en los perfiles del mercado y del comercio. El comerciante antiguo, profundo conocedor de los productos que vendía, era, sobre todo, un consejero de su cliente. Hoy ha quedado reducido al papel de un órgano, y no siempre indispensable, del proceso de ventas. "Los procesos de fabricación —dice Rojo— resultan desconocidos para el comerciante o comerciantes que intervienen en el proceso de ventas; el envoltorio y los precintos impiden las más de las veces un examen directo y personal, para el que, además, carece por lo general de preparación técnica necesaria. De un especialista, el comerciante se ha convertido en un profano de las mercancías que vende".

Desde el punto de vista del Derecho positivo vigente, esta nueva estructura del mercado de ventas determina una insuficiencia normativa. Y ello también por dos tipos de razones. Las normas relativas al contrato de compraventa regulan sólo la relación entre fabricante vendedor y primer comprador. Ello, por sí solo, las hace ya insuficientes, aun prescindiendo de los brevísimos plazos de denuncia y del carácter estricto de los textos que regulan los vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas en el contrato de compraventa. En la otra vertiente del problema, la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito sólo se podía imponer en virtud de la cláusula general del artículo 1902 del Código civil, cuyo pleno ajuste con las circunstancias de nuestro especial supuesto no resulta nada fácil. De todo ello deriva, evidentemente, una insuficiente protección legal y jurídica al consumidor usuario de los bienes.

Constituye, pues, un mérito del profesor Rojo haber acometido este

tema y haberlo estudiado minuciosamente, con un gran acopio de materiales bibliográficos y jurisprudenciales y con un análisis de extraordinaria finura jurídica. Aunque el tema es estrictamente civil y el autor mercantilista de vocación y profesión, el libro no sólo no se resiente por ello, sino que tal vez sale de ello enriquecido. Pues lo cierto es que los cultivadores de disciplinas especiales suelen tener para los temas nuevos una sensibilidad mayor y son capaces de aportar matices y puntos de vista a los que no llegan los cultivadores de Derecho común, más habituados o apegados a sus tradicionales técnicas y dogmas.

La investigación del profesor Rojo, tras un capítulo I (págs. 23-44), que puede considerarse como de introducción y de planteamiento del problema, se inicia con un extenso capítulo (págs. 45-120) en el que la cuestión se estudia a través del Derecho comparado. Es muy detallada e interesante la investigación de la jurisprudencia anglo-sajona, tanto por lo que se refiere al Derecho inglés como por lo que se refiere al Derecho norteamericano, con una exposición muy pormenorizada de lo que pueden considerar como los casos directivos o "leading cases". Igualmente amplia y también de extraordinario interés es la exposición que se hace del Derecho alemán y de la doctrina de aquel país. El capítulo se cierra con unas referencias, muy breves, al Derecho italiano y al Derecho francés. El análisis del Derecho comparado constituye un excelente acarreo de materiales, de perspectivas, de puntos de vista y de soluciones, con las cuales puede acometerse después el estudio del tema en el Derecho español, que se caracteriza, como el autor dice, por la carencia de resoluciones jurisprudenciales y por la penuria de aportaciones doctrinales.

Enfrentado con el Derecho español, el autor coteja, ante todo, su problema con las disposiciones del Código relativas al ilícito extracontractual, para constatar en un primer momento (págs. 123-141), las dificultades del encaje. A la vista de estas dificultades, revisa el punto de partida y se formula el interrogante de si la vía extracontractual es el único camino para que el tercero perjudicado alcance frente al fabricante los efectos indemnizatorios. Estudia, entonces, lo que llama la "huida hacia las soluciones contractuales", que tampoco resultan enteramente satisfactorias pues, si bien en el ciclo de distribución de los productos se puede encontrar un encadenamiento económico, falta, en cambio, el encadenamiento jurídico. La conclusión de ello es que la solución de carácter general para el caso es la solución extracontractual, sin perjuicio de que pueda existir una responsabilidad contractual del fabricante-vendedor por los daños experimentados por el primer adquirente —usuario consumidor— con el que aquél se encontrara ligado por un contrato de compraventa.

El encaje del problema general en la solución extracontractual impone un análisis cuidadoso del supuesto del hecho, en relación con los clásicos requisitos de aquel tipo de responsabilidad. El capítulo que a esta materia dedica el autor (págs. 183-234) es a nuestro juicio —juicio de un civilista, por supuesto—, uno de los que mayor interés reviste, porque obliga a una cierta revisión de las categorías tradicionalmente emplea-

das en la materia de la responsabilidad civil e incluso a una nueva meditación sobre los fundamentos últimos del instituto.

Así, el autor se declara partidario:

a) De que la acción u omisión dañosa, más que en la fabricación, se ha de pensar que consiste en la "puesta en comercio" del producto defectuoso, que es el punto al que debe trasladarse la cuestión.

b) De que, considerado, el producto defectuoso como agente del daño, conviene cualificar los diferentes tipos de defectos de fabricación y la relación que pueda existir entre la defectuosidad y la peligrosidad (páginas 187 y siguientes). La defectuosidad se encuentra en estrecha relación con la peligrosidad. Un producto se considera como defectuoso cuando resulta para el consumidor-usuario más peligroso de aquello que un hombre razonable pudiera esperar. De aquí se sigue que la responsabilidad del fabricante se puede comprometer aunque objetivamente el producto esté bien fabricado. Los defectos pueden ser, por tanto: defectos de fabricación en sentido estricto, que son los que se presentan en objetos aislados, es decir, en uno o pocos ejemplares dentro de una misma serie; defectos de construcción, que afectan a las características generales de la producción, y, finalmente, defectos de instrucción o de información, cuando el fabricante no comunica al público la peligrosidad que el producto pueda presentar. En el mismo orden de cosas se distingue también entre producto peligroso por sí mismo y producto peligroso por vicios de fábrica.

Consecuentemente con la concepción que adopta sobre el instituto de la responsabilidad civil, precisa el autor encontrar "la ilicitud" del comportamiento del fabricante —para hacerle responsable y obligarle a indemnizar— y la encuentre en la noción de negligente fabricación, cuyo límite se encuentra en el estado de los conocimientos técnicos y jurídicos en el momento de puesta en comercio de la cosa.

En materia de prueba, el autor se muestra partidario de aplicar la regla de la inversión, atribuyendo al fabricante-demandado la carga de demostrar la inimputabilidad del daño. La liberación del demandado se producirá de esta manera, antes que por la prueba de inocuidad del producto, cuando pruebe que el defecto fue debido a caso fortuito, cuando pruebe el uso negligente o anormal del producto o que el defecto se debió exclusivamente a obra de los terceros intervenientes en el proceso de comercialización. En relación con este último punto, se plantea el autor dos cuestiones de gran interés, como son la de si existe un control del producto a cargo del revendedor (pág. 220) y la relación entre las autorizaciones administrativas y la responsabilidad civil del fabricante (pág. 223).

El libro se cierra con un capítulo (pág. 235-293) en el que se estudia la responsabilidad "contractual" del fabricante frente al primer adquirente cuando éste es el usuario consumidor. Es muy sugestiva, en este terreno, la evolución de la exégesis doctrinal y de la doctrina jurisprudencial francesa, recaída en relación con los artículos 1.645 y 1.646 del Código civil de aquel país.

Al plantear el mismo problema en el Derecho español, el autor sus-

cita primero la cuestión de la naturaleza de la compraventa, que resuelve en favor de su carácter mercantil. Ello le lleva a estudiar la aplicación al caso de los artículos 336 y 342 del Código de comercio, para constatar la insuficiencia de estos preceptos en orden al problema planteado de manera que, aunque la compraventa sea mercantil, hay que volver al Código civil y en particular al artículo 1.486 de este Cuerpo legal. La exégesis del artículo 1.486, dice Rojo (pág. 284), plantea dos interrogantes: la determinación de la extensión del daño resarcible de acuerdo con ese artículo y lo que debe entenderse por conocimiento de los vicios por parte del vendedor. Rojo piensa, a nuestro juicio con acierto, que el artículo 1.486 no contiene una hipótesis de responsabilidad precontractual, ni lleva, por consiguiente, a un puro resarcimiento que se limita al llamado "interés negativo", sino que la acción de indemnización es completa y tiene por objeto poner al adquirente en la misma situación económica que hubiera tenido si la cosa objeto del contrato hubiera estado libre de vicios o defectos. Se trata, dice, de alcanzar una efectiva satisfacción material de la persona dañada por la defectuosidad de la prestación.

Mayores dificultades le plantea la exigencia, contenida en el artículo 1.486, de que el vendedor para ser responsable haya de tener conocimiento de los vicios y no los haya manifestado al comprador. Frente al carácter estrictamente subjetivo de la norma, se necesita una objetivación de la responsabilidad del fabricante, como medida de protección del adquirente, que el autor busca en forma denodada. A su juicio, la dificultad se podría salvar recurriendo, como la jurisprudencia ha hecho en ocasiones, al artículo 1.101, donde se establece la responsabilidad del deudor por cualquier contravención del tenor de la obligación. Sin embargo, dice también, es preferible una interpretación progresiva del propio artículo 1.486 que impidiera al demandado alegar el desconocimiento de los vicios, siempre que esta alegación sea contraria a la buena fe. Hay, además, que presumir el conocimiento en razón al carácter profesional del vendedor.

Del apretado resumen que hemos tratado de hacer en las líneas anteriores creemos que se desprende el gran interés que ofrece la presente monografía del profesor Rojo Fernández Río, tanto por la importancia de su tema, como por el valor que las soluciones que se proponen, poseen. El libro, armado con un gran pertrecho de erudición doctrinal y jurisprudencial, posee, especialmente en sus extensas notas de pie de página, apuntes enormemente sugerentes respecto de los temas fundamentales de carácter filosófico, político-social o estrictamente jurídico.

Por último, queremos destacar lo que nos parece una clara y plausible toma de partido en un problema aún más general, que es el de orden metodológico. El autor dice en algún sitio (cfr. pág. 183) que "una cosa es lo que el legislador dijo en una circunstancia histórica determinada y otra muy distinta lo que al intérprete le es lícito deducir de unos textos, suficientemente amplios y abstractos, desligados ya de los fundamentos sociales que los motivaron". Ello significa, parece obvio, la búsqueda de una interpretación a la vez objetiva, progresiva y evolutiva.

Cuando en forma constante, además, se trata de obtener una más eficaz protección del adquirente, consumidor o usuario dañado, nos parece también que se adoptan los postulados de lo que inicialmente cabría llamar una jurisprudencia de intereses, que, al objetivizarse y hacerse evolutiva, hace tránsito a una jurisprudencia valorativa y teleológica.

Luis DÍEZ PICAZO

THOMAS, Hans Friedrich C.: "Formlose Ehen. Eine rechtsgesichtlich und rechtsvergleichende Untersuchung". Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrechts. Band 77; Verlag Ernst und Werner Giesiken, Bielefeld 1973, 160 págs.

Bajo el sugestivo título de "Matrimonios aformales. Una investigación histórico-jurídica y de Derecho comparado", el autor ha elaborado una interesante monografía que invita a replantear temas del Derecho matrimonial, como el del consensualismo o formalismo, que parecían superados. Por otra parte, entre el matrimonio legal y la simple unión sexual pasajera, hay una pluralidad de situaciones que no siempre merecen el mismo tratamiento para el Derecho. La terminología es lo suficientemente variada para convencernos de que puede enmascarar realidades diferentes: *Wilde Ehe*, *Faktische Ehe*, *Marriage by cohabitation with habit and repute*, *Common law marriage*, *Concubinage*, *Concubinat*, *Unión libre*, *Mariage de fait*, *Faux ménage*, *Convivenza more uxorio*, *Unión marital de hecho*, *Matrimonio por comportamiento*, *Concubinato*, etcétera.

Partiendo de que en la mayoría de las legislaciones rige el sistema de matrimonio formal, el autor ha iniciado una investigación que arrancando del matrimonio "solo consensu" del Derecho romano, y recogiendo la tradición de los matrimonios clandestinos en el Derecho canónico hasta el Concilio de Trento, llega a la época actual, en la que estudia las manifestaciones de matrimonios no sujetos a forma en los países del "Common law"; en algunos países hispanoamericanos (especialmente Cuba, Guatemala, Panamá y Bolivia), y en Rusia durante el periodo 1927 a 1944. Despues de analizar con minuciosidad el problema en Alemania Federal, dedica un apartado a los Derechos del hombre, finalizando con una consideración de los aspectos de Derecho internacional privado. Concluye afirmando, de una parte, que no se puede renunciar a la libre expresión del consentimiento matrimonial y, por otra, la necesidad de someterlo a un sano formalismo. Pero la forma no puede ser impuesta con exceso ni sobrevalorada y ello le lleva a postular el reconocimiento jurídico de los efectos del matrimonio cuando la formalización del mismo ha sido imposible o ya no es necesaria.

Prescindiendo de lo discutible de sus conclusiones hay que destacar la meticulosidad de la elaboración, la amplitud del campo de investigación y la riqueza bibliográfica de que hace gala. Acaso hubiera podido

considerar también las diversas hipótesis de matrimonio "postmortem" que últimamente se han manifestado.

Gabriel GARCÍA CANTERO

VERGES SANCHEZ, Mercedes: "El socio industrial". Prólogo de Aurelio Menéndez. Editorial Tecnos. Madrid 1972. 228 págs.

Este libro constituye una notable contribución al estudio de la figura jurídica del socio industrial descuidada, en general, por los autores. La obra consta de dos partes: La primera se ocupa de la aportación de industria a las sociedades y de la caracterización jurídica del socio industrial. En la segunda parte, se trata del estatuto jurídico del socio industrial, de sus derechos y obligaciones, de su posición jurídica en la vida externa de la sociedad; y ella se termina examinando la situación jurídica del socio industrial en los supuestos de exclusión y separación y en los fenómenos de transformación, fusión, disolución y liquidación de la sociedad.

Es de destacar en esta obra el gran esfuerzo realizado, lo abundante de la bibliografía utilizada y también la importancia concedida a los antecedentes históricos, incluso con la consulta de documentos no publicados de algunos archivos.

No es un trabajo meramente erudito, de recogida de opiniones ajenas; el autor se enfrenta con valentía con los criterios generalmente admitidos por la doctrina, los somete a crítica y nos ofrece sus propias conclusiones.

Una de las cuestiones así examinadas es la de la responsabilidad del socio industrial. ¿Está obligado personal y solidariamente con todos sus bienes a las resultas de las operaciones de la sociedad? Se ha contestado negativamente en base al artículo 141 del Código de comercio, que dice que las pérdidas se imputarán en la misma proporción entre los socios capitalistas, sin comprender a los industriales, a menos que por pacto expreso se hubiesen éstos constituidos partícipes en ellas. El autor combate esta interpretación, señalando agudamente que el término "pérdidas" utilizado en dicho artículo no es equivalente a no ser responsable por las deudas de la sociedad y que la exención de responsabilidad llevaría a resultados prácticos inadmisibles, en los casos no prohibidos por la ley de una sociedad colectiva en que todos los socios sean socios industriales y de una sociedad comanditaria en que los socios colectivos fueran socios industriales. En pro de la tesis del autor juega, además, la letra del artículo 127 del Código de comercio que nos dice que *todos* los socios de la Compañía colectiva estarán obligados personal y solidariamente con *todos* sus bienes.

El trabajo examinado no nos aclara suficientemente la naturaleza de la sociedad colectiva con socio industrial. Quizá porque ello no sea posible. El carácter especial de la tal sociedad se manifiesta en los artículos 138, 140 y 141 del Código de comercio y en los artículos 1.683 y 1.691 del Código civil. Cabe todavía preguntarse cómo ella se acomoda a las exi-

gencias del artículo 125 del Código de comercio, el que, entre los datos que la escritura social ha de expresar enumera “el capital que cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos”. El socio industrial no aporta capital, sino que, según el Tribunal Supremo, “la aportación ofrecida por el socio industrial constituye una obligación de hacer, a la que corresponde conceder el trato de las de su clase” (S. 31 mayo 1930). También nos quedan dudas sobre el significado del artículo 288 del Código de comercio. Cuando el principal interesa al factor en alguna operación y éste no aporta capital, el factor “será reputado socio industrial”. ¿Esta asimilación del factor al socio industrial implica una asimilación del socio industrial al factor interesado en las operaciones del principal? El Tribunal Supremo nos ha dicho que el contrato de participación de beneficios con el factor es “sin duda alguna de naturaleza mixta” (S. 25 noviembre 1932).

En el notable prólogo que avala este libro, debido al catedrático don Aurelio Menéndez, se nos señala que la importancia práctica de la aportación de industria a las sociedades es hoy mínima, dado que “el número de sociedades personalistas que se constituyen regularmente es escasísimo”, pero añade que su interés actual se encuentra en que “en la realidad de nuestro tráfico son muy numerosas las sociedades irregulares constituidas para la explotación de un pequeño negocio en el que la figura del socio industrial ocupa un lugar especialmente destacado”. Es por ello de lamentar que el autor no se haya ocupado de estas sociedades irregulares. Hubiera sido de interés práctico aclarar qué reglas les serían aplicables del Código civil, generales y especiales, o bien qué disposiciones del Código de comercio habrían de tenerse en cuenta por analogía.

R.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO
y César SEMPLERE.

I. DERECHO CIVIL

I. Parte general

EIDENMÜLLER: *Postbenutzung und Minderjährigenrecht*, NJW, 1972, páginas 1309-1311.

Se estudia en este artículo la capacidad de los menores en orden a establecer la validez de los actos que éstos realizan cuando solicitan un servicio de correos. La legislación distingue entre Eizelnutzungen (encío de cartas, pequeños paquetes...) y Dauernutzungen (giros postales, etc.). El problema estriba en determinar si se aplican las reglas sobre capacidad de los menores del BGB a estos supuestos. Este autor sostiene su aplicación en todo caso para las *Dauernutzungen*, pero no para las otras.

S.

HEISE: *Vorläufiger Rechtsschutz nach 80 VwGO bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung*, NJW, 1972, págs. 1358-1359.

Se analiza en este artículo la problemática que presentan aquellos actos administrativos que beneficiando a una persona, al mismo tiempo perjudican a un tercero. Se trata de estudiar cuál pueda ser la posible actuación del tercero perjudicado y cuáles sus consecuencias, así como la normativa jurídica aplicable a estos supuestos.

S.

SCHMALZL: *Zur Verjährung der Vergütungsanspruchs des Architekten*, NJW, 1972, págs., 1173-1174.

En este artículo se trata de determinar cuál sea el plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de los servicios prestados por un arquitecto, cuando en el contrato no se fijó el plazo.

Se entra a discutir a estos efectos, cuál sea la calificación que deba dársele a un contrato de este tipo (contrato de obra, de servicios), apoyándose para ello en los artículos 196, abs. 1 y 2, G, 631 del BGB.

Se determina el momento a partir del cuál comienza la prescripción.

S.

TIEDKE: *Die verdeckte Pfändung des Anwartschaftsrech*, NJW, 1972, páginas 1404-1405.

Se trata de analizar la siguiente decisión del OLG: "A, B y C eran acreedores de S. Este transfiere a A unos bienes como garantía de la deuda, con la condición de que una vez pagada ésta la propiedad volverá a él. B. em-

bargó esos bienes que tenía A todavía en su poder. S traspasó a C la expectativa que tenía sobre los bienes. Una vez pagada la deuda a A, B y C pleitean, opinando el primero que C tenía que soportar el secuestro de los bienes, ya que la propiedad sobre éstos la había adquirido gravada por un derecho de prenda". El OLG le da la razón. El autor critica esta decisión afirmando que "cuando se embarga una cosa que no pertenece al deudor y éste es titular de un derecho de expectativa sobre la propiedad de la cosa, el embargo de ésta no se extiende a aquél".

S.

2. Derecho de la persona

MÉNDEZ APENELA, Eduardo: *La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años*, RDN, núm. LXXXIII, enero-marzo, pág. 397.

En la introducción justifica el autor el porqué de su estudio de la presente materia.

Divide el trabajo en cuatro estratos básicamente diferenciados.

En el primero de ellos estudia en general las restricciones a la capacidad del menor emancipado. Dentro de ellas examina la enajenación y gravamen de bienes inmuebles, el préstamo dinerario y otras que clasifica a continuación.

La segunda parte del trabajo se dedica a la investigación de las restricciones concretas del emancipado por concesión. Abarca desde la comparecencia en juicio al matrimonio y sus pactos nupciales.

El apartado tercero lo dedica al menor emancipado y los bienes del matrimonio, atendiendo a la mujer menor, marido menor y en ellos atiende a las diferentes clases de bienes.

Finalmente, en la sección cuarta del trabajo, observa atinadamente la situación del menor emancipado por matrimonio sin licencia y estudia la sanción del artículo 50, las restricciones a la capacidad del menor derivadas del artículo 50-2º, y concluye con la responsabilidad patrimonial universal.

A. R.

DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *Los daños causados como consecuencia de actuaciones judiciales*, LA NOTARIA, Boletín núm. 8, año 1974, agosto, páginas 1 y siguientes.

El tema sobre el que centra el autor su magnífico estudio, consiste en tres estudios básicos de la materia, a saber: determinar si deben o no ser indemnizables estos daños, si esta indemnización se ampara o no en el artículo 1.902, y cuál es el alcance que deba tener.

En la primera parte o estudio deja de lado las responsabilidades de jueces y magistrados.

Analiza los textos legales relativos a la responsabilidad civil, las indemnizaciones de daños y perjuicios en materia procesal penal.

Seguidamente examina los daños y perjuicios causados en el proceso civil y analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Después de una visión panorámica del Derecho comparado, con especial referencia al Derecho francés, italiano y angloamericano, examina los presupuestos necesarios para que se dé la responsabilidad civil y finaliza su documentado trabajo con las conclusiones oportunas.

A. R.

JAUERNIG: *Postbenutzung und Minderjährigenrecht. Eine Erwiederung*, NJW, 1972, págs., 1310-1311.

En este artículo se da una contestación al anterior, estimándose que los menores son totalmente capaces para contratar cualquier servicio de correos, aunque conste la oposición de los padres para ello.

Que la distinción que hace la Ordenanza de Correos entre Dauernutzungen y Einzelnutzungen no está destinada a determinar la capacidad o incapacidad del que contrata el servicio. Que no son aplicables las normas del BGB.

S.

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *La protección de la personalidad en el Derecho privado*, RDN, núm. LXXXIII, enero-marzo, pág. 7.

Examina el autor el problema de los llamados derechos de la personalidad y en un principio estudia la correlación entre derechos humanos y los que son objeto del epígrafe.

Más adelante investiga la importancia y actualidad de los mismos.

Atiende seguidamente al problema planteado sobre la naturaleza jurídica de los mismos.

Reflexiona a continuación los caracteres de estos derechos y su clasificación, para pasar después al estudio concreto de las figuras mas reconocidas y unánimemente admitidas.

Así, entre otras, la responsabilidad por daños, acción de jactancia, prueba procesal, la responsabilidad por delito o falta, por hecho ilícito civil, etc.

En el epígrafe VI del trabajo se detiene a distinguir los derechos de la personalidad y los supuestos de lesión.

Observa en el siguiente los derechos de la personalidad en el contorno de la persona jurídica, hace el examen de estos derechos en la doctrina española y concluye el trabajo con el juicio sobre la materia en el ordenamiento civil español.

A. R.

3. Derechos reales

AUST: *Entschädigung von Verkehrsimmisionen*, NJW, 1972, págs. 1402-1404.

Se trata de estudiar la expropiación de fincas para la construcción de carreteras. El problema lo constituye el cálculo de la indemnización cuando se expropia parte de una finca. Se trata de saber si la indemnización comprende además del precio de la parte expropiada, el menor valor que experimenta

el resto de la finca como consecuencia de las perturbaciones que trae consigo la construcción de la carretera. El autor considera aplicable el artículo 906 BGB, pues no existe ninguna base para diferenciar las perturbaciones causadas por un acto de la autoridad y un acto privado.

S.

SCHUBART: *Auslegungsfragen zum Verbot der Zweckenentfremdung von Wohnraum*, NJW, 1972, págs. 1348-1350.

El 10-11-1971 entró en vigor un texto articulado cuyo artículo 6 preveía la posibilidad de que los parlamentos de los Länder dictaran ordenanzas, para determinadas comunidades, con el fin de prohibir, salvo autorización, la modificación de los espacios dedicados a vivienda, para dedicarlos a otros fines. Se analiza en este artículo cuál sea el alcance y contenido de esta prohibición, llegando a la conclusión de que caen bajo esta prohibición no sólo las formas usuales de alteración de la finalidad de vivienda (dedicar varios pisos a los pedaje...), sino también aquellas otras destinadas a dejar desocupada la vivienda largo tiempo, hacerla inhabitable o destruirla.

S.

4. Obligaciones y contratos

BARTZ: *Testamentauslegung bei Vermögenserwerb des Erblass ers nach Testamentserrichtung*, NJW, 1972, págs. 1174-1176.

Se trata, en este artículo, de analizar el instituto jurídico de la interpretación aplicado al testamento.

Se plantea el problema de cuándo es necesario interpretar las cláusulas de un testamento. El caso especial que se estudia en este sentido, recogido en una decisión del KG, es el de la alteración del patrimonio del testador una vez otorgado testamento.

S.

HECKELMANN: *Die Rechtshängigkeit bei der Prozessaufrechnung*, NJW, 1972, páginas 1350-1355.

Se trata de saber si la compensación alegada en un pleito cierra el paso a otro pleito en el que se reclame el crédito objeto de la compensación y a la inversa.

El problema fundamental estriba en descubrir cuál sea el significado de la compensación en el proceso y distinguirla de otras figuras como la reconvenCIÓN, la réplica. Se la caracteriza como un medio de defensa, por lo que su regulación jurídica será distinta a la de las acciones.

El segundo problema estriba en analizar si los efectos que produce la "litispendencia", cuando se trata del ejercicio de acciones, son aplicables a la compensación. Este análisis se realiza partiendo de la finalidad perseguida

con la "litispendencia" en el proceso y de la distinción de ésta con otras figuras procesales como las cuestiones prejudiciales y el instituto de la cosa juzgada.

S.

JAGENBURG: *Haftungsbeschränkungen durch Abtretung von Gewährleistungsansprüche*, NJW, 1972, págs. 1222-1223.

Se analizan cuáles son los requisitos que se deben cumplir para que el vendedor de pisos quede liberado de responsabilidad frente al comprador.

No basta con que le ceda a éste el derecho de garantía que tiene frente al constructor. Analiza las consecuencias a que llevaría esta tesis.

Es necesario que dé una información completa al comprador sobre una serie de extremos. Si el vendedor no cumple esta obligación no se libera de responsabilidad. Es necesario que comunique al constructor la cesión del derecho de garantía que tiene contra él.

S.

JAGENBURG: *Die Rechtspruchung zum privaten Bau und Bauvertragsrecht im Jahre 1971*, NJW, 1972, págs. 1297-1304.

Se trata de estudiar la regulación jurídica y jurisprudencia complementaria aplicable a los contratos de obra (Bauvertrag). Con este fin se divide el estudio en dos grandes partes:

La dedicada a estudiar el derecho aplicable al contrato de obra (Bauvertragsrecht).

La dedicada a analizar el derecho aplicable a los arquitectos que dirigen la obra (Architekten-recht).

El estudio es exhaustivo, planteando muchos de los problemas que se dan en la práctica, como: error de cálculo en la fijación del precio, desaparición de la base del negocio, etc.

S.

SCHLICHT: *Die Gewährleistungsfrist nach 13 VOB und ihre Probleme*, NJW, 1972, págs. 1260-1261.

Se analiza el problema de la prestación de garantía (Gewährleistung) en los contratos de obras. Se circunscribe el análisis a determinar cuál sea el plazo de prescripción de la acción que se deriva de la susodicha garantía, contraponiéndose los plazos del artículo 638 BGB y 13, núm. 5, VOB. El BGB señala un plazo de cinco años, el VOB de dos, aunque prevé, dada su brevedad, en beneficio del que contrató la obra, el que puede interrumpirlo por la mera denuncia por escrito de los vicios. La discusión se centra en si este medio de interrupción de la prescripción es aplicable a los plazos de prescripción superiores a dos años y en todo caso cuantas veces puede ejercitarse.

S.

SCHMIDT-FUTTERER: *Die Unzulässigkeit von Mieterhöhungen durch Vereinbarung*, NJW, 1972, págs. 1171-1173.

Se analiza la WKshG (Künligungschutzgesetzes für Woharaum) en un aspecto muy concreto: el alcance que tienen sus normas al fijar un límite máximo al precio de arrendamiento de viviendas.

La discusión se centra en saber si tal límite puede ser sobrepasado por acuerdo de las partes, manifestado bien en el contrato o con posterioridad a éste. El autor niega la validez de estas cláusulas.

S.

WABNITZ: *Die Wirksamkeit von Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen*, NJW, 1972, págs. 1397-1399.

Se trata de determinar si las cláusulas de exoneración de responsabilidad por vicios y de transmisión de los derechos de garantía, plasmados en un contrato de compraventa de un finca en favor del vendedor, son lícitos de por sí, o admiten un control por los tribunales. El autor admite que puedan ser revisadas por éstos, analizando al efecto una sentencia del LG de München.

S.

WALDEYER: *Die Grenzen der Subsidiaritätsklausel im Amtshaftungsrecht*, NJW, 1972, págs. 1249-1255.

Se estudia en este artículo la llamada cláusula de subsidiariedad consagrada en el artículo 831 Abs. 1 Satz2 BGB, según la cual el Estado sólo responde del incumplimiento de las obligaciones de sus funcionarios cuando no exista otro medio para reparar el perjuicio causado como consecuencia de dicho incumplimiento.

Todo el estudio va dirigido a criticar esta cláusula por las consecuencias a que da lugar, sobre todo en materia de seguros, ya que se considera la prestación del asegurador al asegurado como medio de reparar el perjuicio causado, con lo que el Estado quedaría libre de responsabilidad con el siguiente perjuicio para el asegurador que no podría subrogarse en la acción que le compitiera al asegurado, perjudicado por el acto del funcionario, contra el Estado.

S.

WALTER: *Nochmals: Übertragung des Bankguthabens an einem Dritten auf den Todesfall des Kontoinhabers*, NJW, 1972, págs. 1356-1357.

Este estudio va dirigido a analizar si las atribuciones patrimoniales realizadas por un cuentacorrentista, difunto, a un tercero, son eficaces aunque no se hayan guardado las formas impuestas por el Derecho de sucesiones.

Dos son las tesis: Considerar estos actos ineficaces por aplicación del artículo 2.301 BGB: considerar tales actos como actos intervivos consumados (lebende vollzogene Handschenkung) y por lo tanto plenamente eficaces por aplicación del artículo 518 Abs. 2 BGB. El autor se opone a esta 2.^a tesis.

S.

WESTERMANN: *Typologische Methode: Ungerechtfertigte Bereicherung*, NJW, 1972, págs. 1355-1356.

Se ocupa este autor en analizar la nueva edición del 2.^º volumen de la obra de Larenz: "Derecho de obligaciones". Se hace la pregunta de si esta edición responde al nivel científico alcanzado hoy en el Derecho de obligaciones. Dedica especial atención a analizar: los nuevos contratos típicos cuyo estudio se incluye en la obra; la renovación del método para el análisis del Derecho de obligaciones y la recepción de los elementos esenciales sobre la nueva teoría del enriquecimiento injusto.

S.

III. DERECHO MERCANTIL

KNOPFLE: *Gewährleistung der theoretischen Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems*, NJW, 1972, págs. 1393-1397.

Supuesto un acuerdo de fijación de precios entre un fabricante y los distribuidores comerciantes, se trata de analizar si existe una obligación derivada de la naturaleza misma del acuerdo que implique el que el fabricante garantice sin solución de continuidad el convenio.

Para ello se analiza la jurisprudencia y especialmente:

1. Una Sentencia del OLG, según la cual la permanencia sin solución de continuidad del convenio y la obligatoriedad del mismo para cada comerciante del ramo, no sólo son la base del negocio, sino el contenido de un acuerdo de este tipo, por lo que el comerciante está obligado a garantizar.

2. Otra Sentencia del BGH, según la cual, si el comerciante viene obligado a no alterar los precios fijados por el fabricante, éste también lo está a no realizar ningún acto que vulnere la fijación de este precio.

El autor piensa que sólo se viene obligado a la garantía cuando esté expresamente pactada, por lo que critica la decisión del OLG.

S.

MARTÍN: *Risikoabgrenzung in der Sachversicherung durch Verschlussvorschriften*, NJW, 1972, págs. 1254-1257.

Se estudia en este artículo el seguro de cosas en sus distintas especies (Einbruchdiebstahlversicherung; Hausratversicherung; Raub und Feuerversicherung; Schmuck und Pelzsachenversicherung; Reisegepäckversicherung).

El problema fundamental que se presenta a resolver, es el de la distinción entre "limitación del riesgo que se asegura (Risikoabgrenzungen) y la "imposición de determinadas obligaciones" al asegurado como presupuesto del cumplimiento del seguro por el asegurador. El artículo se dedica a estudiar los diversos criterios de distinción que vienen siendo utilizados por doctrina y jurisprudencia.

S.

ROTH-STIELOW: *Nochmals: 158i VVG und der Rückgriff des Versicherers gegen die Mitversicherten*, NJW, 1972, págs. 1357-1358.

Se trata de analizar una decisión del BGH que recayó sobre el siguiente supuesto de hecho: "Un conductor de camión tuvo un percance y el camión quedó en la carretera; el empresario de éste, que se encontraba asegurado, no había pagado la prima del seguro; el asegurador no retiró el camión; consecuencia de ello fue un accidente". ¿Quién responde? En este supuesto habían transcurrido seis meses desde el impago hasta el accidente. Se manejó por el BGH la postura de que el camionero es un tercero a la relación asegurador-asegurado, pero que tiene una acción contra el asegurador y que en tanto no se pague la prima del seguro el asegurador está libre de prescripción. El autor critica esta decisión, basándose en el artículo 158 VVG.

S.

SCHOL: *Versicherungsaufsicht und Amtshaftung*, NJW, 1972, págs. 1217-1219.

El problema que se presenta en este artículo es el de saber si, existiendo un servicio estatal de vigilancia de sociedades de seguros (staatliche Versicherungsaufsicht), un particular asegurado puede ejercitar una acción de responsabilidad (AMtshauftungsanspruch) por negligencia en el cumplimiento del servicio, cuando ello le cause un daño.

El III Zivilsenat del BGH, en decisión 24-1-1972, se pronunció en contra. El autor de este artículo critica esta decisión, crítica que se desarrolla en torno a la interpretación de los artículos 839 Abs. 1, BGB/artículo 34, GG/artículo 8, Abs. 1, núm. 2 VAG y del análisis del "Derecho público subjetivo", a través del "interés público o privado" protegido por la ley.

S.

IV. DERECHO PROCESAL

SCHNEIDER: *Die Vorbereitung der Revision durch den Anwalt der Berufungsinstanz*, NJW, 1972, págs. 1304-1309.

Se analiza aquí cuáles son los presupuestos del recurso de revisión y cuáles son sus límites. Para realizar este análisis se parte del estudio de las sentencias anteriores a la de revisión y fundamentalmente de la sentencia dictada en recurso de apelación (Berufungsurteil), señalándose que en los casos susceptibles de revisión, ésta debe ir preparándose ya en el de apelación.

Los problemas objeto de estudio son:

1. Las peticiones de las partes no pueden ser alteradas en la revisión; deben ser las mismas que se discutieron en las instancias anteriores.
2. No pueden traerse nuevos hechos a la revisión que no hayan sido alegados anteriormente.
3. No puede censurarse la prueba realizada con anterioridad, analizándose a este fin los diversos medios de prueba.

4. Si se solicitó en las instancias anteriores, tras cerrarse el período para el debate oral (mundliche Verhandlung), la apertura del mismo y ésta fue denegada, tal decisión no puede ser censurada por el tribunal de revisión.

S.

STÜRNER: *Statthaftigkeit und Beweisäürftigkeit im Urkundenprozess*, NJW, 1972, págs. 1257-1260.

Se trata de estudiar en este artículo el proceso por documentos (Urkundenprozess, analizando cuál sea su naturaleza y finalidad e interpretando a este fin el artículo 592 del ZPO. Se estudia también cuáles son los presupuestos y efectos de un procedimiento de este tipo, contenidos en el artículo 592 ZPO. La pregunta fundamental en torno a la cual gira todo el estudio, es “el por qué el demandante en este proceso debe probar incluso los hechos no controvertidos”.

S.

WALENTA: *Kostentragung bei Verweisung vom ordentlichen Gericht in den Verwaltungsweg*, NJW, 1972, págs. 1311-1313.

Se analiza el problema de la condena en costas. Se trata de saber si el exceso de costas ocasionado (Mehrkosten) al plantearse una declinatoria de competencia (Verweisung) ante el tribunal ordinario y en favor de la jurisdicción administrativa (Verwaltungsrechtsweg) y que ha sido acogida, debe ser imputado al demandante que no planteó bien su demanda. Todo el problema estriba en saber si en estos casos es de aplicación el artículo 276 Abs. 3 Satz 2 ZPO o el artículo 155 Abs. 4 y 5 VwGO, pues las soluciones son distintas según se aplique uno u otro.

S.

WEBER: *Zur Behandlung verspäteten Vorbringers in der Berufungsinstanz*, NJW, 1972, págs. 1405-1406.

Se trata de analizar cuándo puede apreciar el Tribunal de Apelación aquellas alegaciones que no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal de Primera Instancia, por haber sido presentadas con retraso.

S.

WILDE: *Unterschiedliche Ansichten oberster Gerichtshöfe des Bundes zur unterlassener notwendiger Beiladung*, NJW, 1972, págs. 1262-1264.

Se trata de estudiar la obligación que pesa sobre los tribunales administrativos, sociales y financieros de notificar el procedimiento a tercero, que tenga interés en el mismo. Se estudia cuáles serían las consecuencias de esta falta de notificación y si debería ser apreciada de oficio por los funcionarios o a instancia de parte. Es en torno a este último punto sobre lo que versa este trabajo, que analiza las posturas encontradas del BVerwG y BFH por un lado y del BSG por el otro.

S.

WINTERFELD: *Abbau des gesetzlichen Richters?*, NJW, 1972, págs. 1399-1402.

Se analiza en este artículo los presupuestos de la función judicial, independencia e inamovilidad. También se analiza la obligación que tienen los tribunales de juzgar con arreglo a la ley y cuáles serían, por tanto, las causas de un nuevo examen de las sentencias dictadas. El estudio se realiza desde el punto de vista constitucional y en base a la jurisprudencia existente.

S.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministério da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

FG = Foro Gallego (La Coruña).

FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).

IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).

IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).

IJ = Información Jurídica (Madrid).

IM = Ius (Milán).

- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).

- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensk Juristtidning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, EN QUE EL ACREDOR ES EXTRANJERO, NO ES NECESARIA AUTORIZACIÓN DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA. (Resolución de 7 de junio de 1972, *Boletín Oficial de Estado* de 4 de julio de 1972).

Hechos.—Resultando que, mediante escritura otorgada en Barcelona ante el Notario recurrente, el 24 de enero de 1969, doña Ana Hermann Neuhaus reconoció adeudar a don Jean Tremoulet —de nacionalidad francesa, con tarjeta de residencia en Barcelona, de fecha 25 de octubre de 1968— la cantidad de un millón de pesetas, en garantía de cuyo pago, intereses al 6 por 100 anual y trescientas mil pesetas que se fijaron para costas y gastos, constituyó hipoteca sobre dos fincas de su propiedad sitas en San Cugat del Vallés que se describían y entre las que se dividía la hipoteca.

Resultando que, presentada primera copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Tarrasa, fue calificada con la siguiente nota: “**SUSPENDIDA** la inscripción del documento que precede, por no acreditarse la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, exigida por la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, Decreto de 24 de noviembre de 1939, Orden Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 1947 y Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, y otras complementarias; toda vez que el acreedor hipotecario, de nacionalidad francesa, si bien se dice es residente en Barcelona, su tarjeta de residencia es de fecha 25 de octubre de 1968, menos de tres meses anterior a la fecha de la escritura, 24 de enero de 1969, diciéndose en ésta que la deudora reconoce adeudar un millón de pesetas que tiene recibidas con anterioridad a la escritura, debiendo, por tanto, justificar el recibo de dicha cantidad en la forma prevenida en el caso a) de la citada Resolución del Instituto citado. Se califica este defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse”.

Resultando que, el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que presentado con anterioridad el documento y considerada por el Registrador como subsanable la falta de autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, se solicitó del mismo practicase el asiento temporal que establece el párrafo 3.^º del artículo 98 del Reglamento Hipotecario y no accediéndose a ello se presentó con posterioridad, de nuevo, el documento

calificado, que dio lugar a la nota contra la que ahora se recurre; que las disposiciones dictadas para extranjeros, ampliadas por obvias razones de analogía a los españoles que residen fuera del país, no son aplicables a los extranjeros residente en España que consuman la moneda generada en sus relaciones civiles, en el interior del territorio nacional, sin que tengan limitación o restricción alguna en el vigente régimen jurídico iniciado con el plan de estabilización económica y continuado con los planes de desarrollo económico-social; y que la condición de extranjero residente depende del Ministerio de la Gobernación, que tras determinado tiempo de permanencia en el país la concede por un plazo de dos años prorrogable en forma similar a los pasaportes y queda acreditada por el plazo de vigencia de la tarjeta que no tiene indicación alguna respecto al tiempo que cubre.

Resultando que el Registrador informó: Que en los recursos gubernativos sólo pueden ser discutidas las cuestiones relacionadas directa e indirectamente con la calificación, sin que en el presente caso sea aplicable lo dispuesto en el párrafo 3.^o del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, ya que, pese a lo que dice el recurrente, el asiento a que se refiere no fue oportunamente solicitado; que mantiene su calificación por los fundamentos señalados en la nota, especialmente la Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954, según la cual, en el caso a que se refería, era necesaria su autorización por cuanto debía comprobarse el precio confesado recibido con anterioridad, aclarando el origen y circunstancias de la deuda contraída; que resulta extraño que no se solicitase la indicada autorización dadas las facilidades existentes para pedirla y concederla; que la tarjeta de residencia del prestamista lleva fecha tres meses anterior al otorgamiento de la escritura y habiéndose entregado el préstamo previamente a la formalización de la hipoteca, era necesario, de acuerdo con la mencionada Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera, acreditar que dicha residencia era cierta en el momento de recibir dicho capital, extremo que hubiese sido fácil justificar con certificación del organismo competente; y que el recurrente no cita disposiciones legales en apoyo de su tesis y el Registrador debe atenerse en su calificación a las normas vigentes que no hayan sido derogadas por otras posteriores.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador conforme a los siguientes razonamientos: Que es principio general del actual Derecho Internacional la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros; que esta igualdad no se basa en el Derecho Romano o Medieval, sino que arranca de la época de la Codificación y es consecuencia de la natural evolución jurídica en la que ha jugado papel importante la doctrina de los más prestigiosos tratadistas; que el artículo 27 del Código Civil consagra el principio de igualdad jurídica de nacionales y extranjeros, el cual sólo se admitirá excepciones concretas sin que pueda ser interpretado restrictivamente; que en el mismo criterio igualitario se inspira el artículo 15 del Código de Comercio, tanto en cuanto a particulares como a personas jurídicas extranjeras dedicadas

a actividades mercantiles en suelo español, estableciendo a su vez un rudimentario sistema para la resolución de los conflictos de leyes que puedan surgir en la esfera comercial; que el sentido expansivo que informa el precitado artículo 27 del Código Civil indica a interpretar con suavidad y generosamente normas limitativas anteriores que por razones ocasionales al tiempo de su promulgación reclamaban inicialmente una aplicación más rígida; que en el campo amplio y fecundo de la contratación, superiores intereses públicos concretados al orden monetario hicieron necesaria la promulgación de ciertas normas de diverso carácter y profundidad, restrictivas de la capacidad de los extranjeros, y a este designio obedeció la Ley de 24 de noviembre de 1938, enérgico dispositivo protecciónista de nuestra moneda en circunstancias difíciles, del que emana la previa autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, según el artículo 1.^º, número 17, y para la adquisición de inmuebles, también por extranjeros, mediante pago del precio en pesetas, conforme al artículo 18 del mismo precepto, pero estas prescripciones, muy atenuadas en la actualidad como consecuencia de la política de mayor liberalidad y del feliz resultado obtenido en el desarrollo del plan de estabilización —como se recoge en las resoluciones de aquel Instituto de 19 de julio y 28 de agosto de 1961, transcrita esta última en la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre del propio año— no afectan al extranjero residente en España, pues éste, en el aspecto de la normativa protecciónista de nuestra moneda, goza de una libertad de contratación no interferida en lo que se examina, por exigencia de autorizaciones, razón por la cual puede adquirir inmuebles rústicos y urbanos y otorgar préstamos a residentes en España sin autorización del expresado Instituto Español de Moneda Extranjera; que conceptuada la residencia a tales efectos como la surgida en virtud de la discrecional autorización gubernativa —según se infiere del Real Decreto de Extranjería, de 17 de noviembre de 1852, en sus artículos 4.^º y 5.^º, y que se obtiene por el extranjero mediante solicitud escrita cuando pretenda continuar en España más allá de la permanencia temporal cubierta con su pasaporte con visado de presentación, conforme a los artículo 13, 14 y 17 del Decreto de 4 de octubre de 1935, reformado en cuanto al artículo 17 por el Decreto de 2 de julio de 1954—, tendrá que entenderse para decidir el que ha obtenido autorización gubernativa y, en consecuencia, una capacidad no restringida en el orden examinado de la interferencia estatal en el tráfico privado, regla que, por la naturaleza de excepción propia de las restricciones, por el carácter expansivo del principio de igualdad de trato jurídico y por el designio de favorecer la libertad de relaciones y la eficacia de los actos, conduce, sin vacilaciones, a una plena aplicación al extranjero con autorización de residencia, del régimen previsto para los nacionales, aplicación que cederá en favor de la norma restrictiva cuando conste que la operación financiera se realizó en época o bajo una condición jurídica del extranjero que requerían el control del Instituto Español de Moneda Extranjera; que dentro de los cauces más idóneos y eficientes para llegar a una certa interpreta-

ción y aplicación de los cardinales preceptos atinentes al supuesto debatido, no puede omitirse que el Tribunal Supremo, que se remite con mucha frecuencia a la interpretación teleológica, ha afirmado especialmente en la sentencia de 26 de noviembre de 1929 que "si la Justicia ha de administrarse recta y cumplidamente no ha de atenerse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal, como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad "...usándose por el Juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio que le permita acomodarse a las circunstancias especiales del caso"; que en la misma línea, la Sentencia de 27 de junio de 1941 dice que "no es recomendable en caso alguno encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin contemplar y controlar resultados mediante el empleo de los demás elementos, racionales, históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma; y que más recientemente el propio Alto Tribunal, en Sentencia de 24 de enero de 1970, mantiene el mismo criterio insistiendo en la necesidad de que el elemento gramatical y lógico se agregue en la interpretación el elemento sociológico, integrado por toda una serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.

Doctrina.—"Considerando que autorizada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, tres meses después de que al acreedor hipotecario —de nacionalidad extranjera— se le concediese por el Ministerio de la Gobernación la tarjeta de residente en España, y confesándose en la mencionada escritura que la cantidad prestada se había recibido con anterioridad al acto del otorgamiento, la cuestión que plantea este recurso consiste en determinar si será o no necesario para inscribir la mencionada hipoteca la autorización del Instituto de Moneda Extranjera aprobando el acto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Delitos Monetarios y en el artículo 5 y 1 del Decreto de 24 de noviembre de 1939."

"Considerando que tanto el artículo 27 del Código Civil como el 15 del Código de Comercio establecen el principio general de que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo que en Tratados o en Leyes especiales se haya dispuesto que para determinados actos esto no tenga lugar, excepciones que en cada caso o supuesto habrán de ser interpretadas para su aplicación siempre teniendo en cuenta el principio general y el alcance que por el legislador se haya querido dar al caso singular contemplado."

"Considerando que la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y el Decreto de 24 de noviembre de 1939 exigen para la realización de los actos enumerados en estas disposiciones legales la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, lo que propiamente no viene a constituir una excepción al principio general de igualdad antes indicado, puesto que su contenido afecta lo mismo a los españoles que a extranjeros, ya que lo que cuálifica la especial situación de sometimien-

to a estas disposiciones legales es la residencia o no dentro del territorio español, y no la condición de nacional."

"Considerando de todo lo expuesto, que al faltar uno de los presupuestos esenciales para que el acto realizado quede incluido dentro de los que deben solicitar la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera no parece necesaria su obtención, máxime cuando toda disposición prohibitiva o limitativa ha de procurar interpretarse en sus justos términos y no en forma extensiva, lo que supondría ampliar su campo de aplicación a supuestos no comprendidos en el texto legal, pero dado que se alega por el funcionario calificador la posibilidad de que por la proximidad del tiempo, pudiese ser necesaria la mencionada autorización tal y conforme apuntó la Resolución del mismo de 28 de mayo de 1954 convendrá examinar esta última cuestión por si ello pudiese influir o alterar lo hasta ahora indicado."

"Considerando que la condición de residente, regulada en los Decretos de 4 de octubre de 1935 y 2 de julio de 1954, se concede por el Ministerio de la Gobernación a virtud de solicitud del extranjero que pretende continuar en España más allá de la permanencia temporal cubierta por el visado de su pasaporte y supone la plena aplicación al extranjero del régimen previsto para los mismos, sin que pueda, en base a *conjeturas* que no se hayan traducido en una prueba positiva de que así ha sucedido, aplicársele un régimen de control por parte del Instituto Español de Moneda Extranjera del que en principio se encuentra excluido por las propias disposiciones de la Ley de Delitos Monetarios, y a mayor abundamiento hay que tener también presente los llamados Decretos de liberalización de 1959, que dulcificaron en esta materia el rigor hasta entonces existente sobre la cuestión, y que el propio Instituto Español de Moneda Extranjera lo manifiesta cuando en su Circular número 248, de 7 de agosto de 1968, dictada para la Banca delegada, establece los casos en que se considera a una persona residente o no residente para sólo a estas últimas aplicar el régimen de excepción".

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Hay una palabra, incrustada en una frase, de las utilizadas por la Dirección General en el último de sus considerandos que se nos antoja como la "clave" para resolver el problema que plantea la Resolución comentada. La frase dice así: "y supone la plena aplicación al extranjero del régimen previsto para los mismos, sin que pueda, en base a *conjeturas* que no se han traducido en una prueba positiva de que así ha sucedido, aplicársele un régimen de control por parte del Instituto Español de Moneda Extranjera del que en principio se encuentra excluido por las propias disposiciones de la Ley de Delitos Monetarios...".

La palabra *conjeturas*, subrayada intencionadamente por nosotros, es la que no va a dar la pista de hasta dónde era acertada la calificación registral y hasta dónde debía llegar la misma. El caso ofrecía posibilidades de indagación, pero era simple en sus presupuestos de hecho. Una señora reconoce adeudar una determinada cantidad de dinero en favor

de una persona de nacionalidad francesa y constituye una hipoteca sobre dos fincas en garantía de dicha cantidad y otras para costas y gastos, además de los intereses. El acreedor hipotecario, francés de nacimiento, pero residente en España, había adquirido la condición de "residente" tres meses antes de otorgarse la escritura de constitución de hipoteca, en la cual se hacía constar el reconocimiento de deuda y tener "recibidas" con anterioridad las pesetas correspondientes.

Ante estos hechos el Registrador utiliza la "conjetura". Hace un juicio probable sobre las señales que se observan y piensa que es necesario que se le justifique documentalmente si cuando se hizo el préstamo el acreedor tenía o no la condición de "residente", pues debía comprobarse el precio confesado recibido con anterioridad, aclarando el origen y circunstancias de la deuda contraída. Intuitivamente percibe unos indicios y en su labor calificadora —que es también interpretativa— trata de aplicar la técnica de las conjeturas al caso contemplado.

Se me viene a la memoria una institución típicamente catalana en la que funcionaba el sistema de las *conjeturas*. Es de todos conocida. En la vieja institución del fideicomiso surge la fórmula del "sine liberis decessit" o fideicomiso condicional subordinado a la existencia de hijos. La problemática se planteaba en si los "hijos puestos en condición se entienden en sustitución". La normativa correcta era entender que los "hijos puestos en condición" no se entienden en "sustitución", aunque siendo esta la regla general se admiten "conjeturas" y cuado por no haber un señalamiento expreso de los hijos puestos en condición, hay, sin embargo, base para estimar que en el testamento hay una voluntad tácita o conjetural del llamamiento de tales hijos al fideicomiso, entonces, en estos casos, los hijos puestos en condición son llamados a la sustitución. Jurisprudencialmente fueron admitidos una serie de casos y Fusarius, en su "Tractatus de substitutionibus", explica sesenta y cinco de estas conjeturas. Hoy día la Compilación de 21 de julio de 1960 viene a reflejar la situación anterior, admitiendo en el artículo 175 una serie de casos "conjeturales" que suponen una excepción a la regla general y el artículo 170 recoge el contenido de una presunción que, por conjetura de piedad, establecía la *Lex cum avus*.

La Dirección General, en el presente caso, no admite el juego interpretativo de las "conjeturas" y rechaza de plano la aplicación de la Resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera de 28 de mayo de 1954 en la que existía también un "precio confesado" que debería comprobarse. Ello supone negar la necesidad de la autorización de dicho Instituto para la operación realizada y su posibilidad de inscribir sin la traba de este cumplimiento exigido por el Registrador.

Aparte de esta especie de eliminación de la "intuitiva" manera de descubrir el momento del nacimiento del negocio "precedente" por parte del Registrador —cosa que, a nuestro juicio, debe de entrar dentro de las funciones de calificación, como todo el sistema del examen de antecedentes— la Dirección utiliza una serie de argumentos arrancados casi todos ellos del auto presidencial y que se ajustan, en este caso concreto, a

una serie de razones de carácter jurídico y lógico. Entre las razones que se dan en pro de la solución pronunciada, destacamos:

1.—El segundo considerando de la Resolución aporta el principio de igualdad de trato que tanto el Código Civil (artículo 27), como el de Comercio (artículo 15) establecen, con la sola excepción de que en tratados o en leyes especiales se disponga una regulación distinta. En principio esta materia sometida al recurso es de las regidas por legislación especial, ya que la de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y el Decreto de 24 de noviembre de 1939 exigen la autorización del Instituto Nacional de Moneda Extranjera para la realización de los actos enumerados en las mismas.

Hemos dicho que “en principio” parecía apartarse esta legislación especial del principio de igualdad de trato del que parten los artículos 27 y 15 antes citados. La Dirección General estima que lo dispuesto en esa legislación no viene a constituir una excepción al principio general de igualdad, puesto que su contenido afecta lo mismo a los españoles que a los extranjeros, ya que lo que cualifica la especial situación de sometimiento a estas disposiciones legales es la “residencia” o no dentro del territorio español, y no la condición de nacional.

2.—En el cuarto considerando la Dirección General aporta otra razón de carácter interpretativo y de carácter excluyente. La interpretación está basada —“a mayor abundamiento”— en que toda disposición prohibitiva o limitativa ha de procurar ser interpretada en sus justos términos y no en forma extensiva, lo que supondría ampliar su campo de aplicación a supuestos no comprendidos en el texto legal. La de carácter excluyente es la de que para que el acto quede incluido dentro de los que deben solicitar la autorización del Instituto de Moneda Extranjera es preciso que reúna todos sus requisitos y al faltar uno de los presupuestos no parece necesaria su obtención.

Estas dos razones apuntadas, juntamente con la de las conjeturas anteriores dicha, son en el fondo los argumentos que utiliza y razona el auto presidencial. Con ello se cierra el paso a la determinación del momento en el cual se hizo la operación que dio lugar a la hipoteca. Es decir, queda sin determinar si cuando el acreedor entrega el dinero al deudor, tenía o no el primero el carácter de “residente”. La Dirección se acoge a la fecha de la escritura de hipoteca, borrando el posible antecedente de la confesión de “precio prohibido” o de “reconocimiento de deuda”.

Vista la Resolución en el momento presente quiero apuntar una serie de normas hoy vigentes y ver si existe alguna variante en relación a lo apuntado. De todos es conocido el Decreto-Ley de 17 julio de 1973 por el que se declara extinguido el Instituto Español de Moneda Extranjera y la reglamentación dada a las inversiones extranjeras a través de los Decretos de 31 de octubre de 1974 que sancionan el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España y su Reglamento. El artículo 1 de la Ley habla de *residentes y no residentes* y de la justificación mediante certificación negativa, pero la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Comercio con fe-

cha 11 de diciembre de 1974 estima suficiente la certificación de la entidad bancaria delegada como se venía efectuando hasta ahora.

Igualmente hay que tener en cuenta la Resolución de 20 de diciembre de 1974 sobre liberalización en orden a la adquisición de inmuebles, así como a la concesión de créditos hipotecarios a favor de personas físicas extranjeras "no residentes" en España. Lo mismo sucede con las Resoluciones de 20 de enero de 1975 y 25 de enero del mismo año, en las cuales se dictan normas complementarias de una legislación recién nacida sobre establecimiento de sucursales y establecimientos de *no residentes* y para la utilización de saldos de cuentas extranjeras de pesetas interiores para la realización de inversiones extranjeras. Como vemos, todo ello gira en favor de las personas "no residentes", mientras que nuestro problema se refería a los "residentes", que sigue intocable.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN EN CUENTA DE AHORRO-VIVIENDA.—AUNQUE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN ESTÁN AUTORIZADAS POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL (ART. 219 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO), ES INDUDABLE EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL QUE REGULA LOS PRÉSTAMOS AHORRO-VIVIENDA QUE DEBERÁ SÉR EXACTAMENTE CUMPLIDA SIN QUE A ELLO OBSTE EL QUE SE PREVEA LA POSIBILIDAD DE NUEVOS TIPOS LEGALES DE INTERÉS, SIEMPRE QUE NO SOBREPASEN EL MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA SEÑALADO EN LA ESCRITURA OTORGADA. (Resolución de 12 de septiembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de septiembre de 1972.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada por el Notario de Cuenca don Antonio Pérez Sanz, el 7 de noviembre de 1970, la Caja Provincial de Ahorros de dicha capital concedió a don Alfredo Muñoz Lorca un préstamo hipotecario de 145.000 pesetas que se ingresaría en una cuenta especial de "Ahorro-Vivienda"; que en la cláusula 4.^a se estipuló que "el préstamo concedido por la Caja devengará un interés anual de 7 enteros y 50 centésimas por ciento... Si el interés fuese modificado por disposición ministerial se aplicará el nuevo tipo desde el día en que entre en vigor la disposición"; que en la cláusula 6.^a se acordó constituir primera hipoteca a favor de la entidad prestamista, sobre una finca urbana del prestatario sita en Ciudad Real y descrita en la exposición de la escritura, "en garantía de ciento cuarenta y cinco mil pesetas de principal, de treinta y dos mil seiscientas veinticinco pesetas de intereses por tres años, de treinta y seis mil doscientas cincuenta pesetas a efectos de estabilización y de treinta y seis mil doscientas cincuenta pesetas para costas y gastos en su caso, que hacen un total de doscientas cincuenta mil ciento veinticinco pesetas... Se estipula expresamente la cláusula de estabilización hasta la cifra señalada prevenida en el párrafo B, regla 2.^a, del apartado 3.^º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, índice general ponderado del costo de vida fijado por el Instituto General de Estadística, considerándose vigente el de ciento once coma tres (11,3) correspondiendo la base de cien (100) al año 1968"; y que en la cláusula

8.^a, apartado d), se designó "como mandatario para que en su caso se otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor, a la propia Caja", que podría utilizar para hacer efectivos sus derechos el procedimiento ejecutivo ordinario o el judicial sumario.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "PRACTICADA la inscripción de hipoteca al folio 230 del tomo 1.113 del archivo, libro 365 del Ayuntamiento de Ciudad Real, finca número 18.520, inscripción 3.^a, con las siguientes particularidades: 1.^a Se ha inscrito dicha hipoteca en cuanto garantiza el principal y 30.450 pesetas de intereses de tres años, al 7 por ciento anual, DENEGANDOSE la inscripción del 0,50 por ciento que los intereses pactados exceden sobre el que permiten las disposiciones legales sobre Préstamos Ahorro-Vivienda, así como la garantía real de la cláusula de estabilización, por infringir las mismas disposiciones, DENEGANDOSE igualmente la inscripción de los siguientes particulares de la escritura: "Si el interés fuera modificado por disposición ministerial se aplicará el nuevo tipo desde el día en que entre en vigor la disposición", se deniega por ir contra el principio de especialidad: "Se designa como mandatario para que en su caso se otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor, a la propia Caja", se deniega por no permitir la Ley Hipotecaria y su Reglamento esta sustitución en los procedimientos judiciales pactados en la cláusula octava de la escritura. 2.^a No se ha hecho constar en la inscripción el juego de las dos cuentas especiales, por no ajustarse al regulado en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y no tener dichas cuentas, tal como se estipulan, trascendencia en la hipoteca".

Resultando que el nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el interés vigente para préstamos del tipo estipulado, según acredita con certificación del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro del Ministerio de Hacienda, era el 7,50 por 100 el día del otorgamiento de la escritura, por lo que es improcedente la denegación de inscripción de un 0,50 por 100; que el Registrador puede extender, suspender o denegar la inscripción, pero no puede modificar la pretensión del presentante sin contar con su consentimiento (artículo 434, párrafo 3.^º del Reglamento Hipotecario y Resolución de 3 de marzo de 1953); que asimismo es improcedente haber denegado la inscripción de la garantía real, de la cláusula de estabilización pactada en la estipulación 6.^a de la escritura, ya que no está prohibida por la Ley, no es contraria a la moral y hay que reputarla inscribible al amparo del artículo 219 del vigente Reglamento Hipotecario; que la finalidad de las cláusulas de estabilización es hacer frente a la posible pérdida del valor del dinero y son morales, justas y lícitas como reconocen la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, la de 23 de junio de 1942 sobre Arrendamientos Rústicos y la de 24 de diciembre de 1964 sobre Arrendamientos Urbanos, numerosas sentencias del Tribunal Supremo, Resoluciones de 3 y 4 de mar-

zo de 1952 y Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó el Reglamento Hipotecario (artículo 219); que el Decreto de 3 de octubre de 1966 que creó las cuentas de Ahorro-Vivienda no contiene ninguna prohibición expresa de las cláusulas de estabilización, estableciendo únicamente en el apartado d) del artículo 4.^º de la Orden de 17 de octubre del mismo año, dictada en su desarrollo, que "los préstamos devengarán un interés total de 5,5 por 100 anual, sin que puedan recargarse con gastos adicionales excepto los de constitución y cancelación de la garantía y los del Seguro de Amortización, disposición de tipo administrativo que no prohíbe expresamente las aludidas cláusulas; que el pacto de intereses recogido en la cláusula 4.^a de la escritura, es lícito al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, está motivado por las numerosas variaciones introducidas por el Gobierno en materia de intereses aplicables a las operaciones activas y pasivas de la Banca y Cajas de Ahorro (Ordenes de 17 de octubre de 1966, 25 de noviembre de 1957, 21 de julio de 1969, 23 de marzo de 1970, 22 de enero de 1971 y 3 de abril de 1971), y se acomoda a las normas hipotecarias (artículo 12 de la Ley y 219 de su Reglamento); que para comprender el alcance de la designación de la Caja como mandatario para otorgar en su caso la escritura de adjudicación, si procediere, en ejecución de su derecho, hay que tener en cuenta que en la correspondiente cláusula (8.^a) se dice textualmente que "la Caja de Ahorros de Cuenca podrá utilizar para hacer efectivos sus derechos, el procedimiento ejecutivo ordinario o el judicial sumario"... a cuyos efectos se designa como mandatario del deudor, a la Caja; que ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíben tal designación y que, finalmente, vale la pena hacer constar que la Caja Provincial de Ahorros de Cuenca tiene adoptado desde hace tiempo su modelo de escrituras de Préstamo Hipotecario, que se viene inscribiendo sin dificultad en todos los Registros de España, incluido el de Ciudad Real.

Resultando que el Registrador informó: que reconoce haber incurrido en error en lo referente al interés del préstamo, por lo que rectifica su calificación, dejando sin efecto el primer defecto de la Nota; que en cuanto al segundo defecto, insiste en afirmar que los correspondientes extremos de la escritura contradicen la regulación legal del préstamo Ahorro-Vivienda como resulta del artículo 14, apartado c) del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 y Orden Ministerial del 17 del mismo mes y año dictada en su desarrollo, que no deja resquicio a la autonomía de las partes, sobre todo si se tiene en cuenta la naturaleza y estructura de la figura jurídica configurada por los citados Decreto y Orden Ministerial, el fin social del contrato de préstamo Ahorro-Vivienda, el carácter de contrato de adhesión que generalmente tiene en la práctica el mencionado contrato y la deseable subsistencia del mecanismo económico-jurídico establecido en las disposiciones señaladas; que la condición d) del apartado 4.^º de la citada Orden Ministerial resulta claramente el criterio excluyente de condiciones más onerosas para el prestatario, entre ellas la cláusula de estabilización; que del apartado 6.^º de la repetida Orden Ministerial, en relación con la regla interpretativa "Inclusio unius, ex-

clusio alterius", resulta claramente la inadmisibilidad de la cláusula de estabilización en los contratos de préstamo Ahorro-Vivienda; que la citada cláusula, en tales contratos es inmoral por la diferencia que supone recibir dinero prestado sin dicha cláusula y darlo con ella en préstamos sociales a pequeños ahorradores; que el artículo 219 del Reglamento Hipotecario no es aplicable a estos supuestos de préstamos especiales, sino a los casos de préstamos ordinarios regidos exclusivamente por principios jurídicos normales; que en cuanto al tercer extremo de la Nota, la calificación no quiere decir que la cláusula denegada esté mal redactada, pues puede ser válida y eficaz entre las partes contratantes, con efectos meramente obligacionales sin posible inscripción; que en cuanto al cuarto defecto, la razón de la denegación está en que la Ley Hipotecaria y su Reglamento no permiten esta sustitución en los procedimientos judiciales pactados en la cláusula octava de la escritura calificada; que la única razón del recurrente para impugnar este extremo es que ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario prohíben la estipulación cuestionada, pero olvida que los procedimientos judiciales son de derecho público y por consiguiente no pueden ser modificados por pactos particulares; que el mandato otorgado en la escritura está permitido en el procedimiento de ejecución extrajudicial por el artículo 234 del Reglamento Hipotecario, pero esta permisión para un procedimiento concreto supone precisamente que no existe en otros más generales, como son precisamente los señalados en la escritura calificada; y que los Registradores tienen plena libertad en su calificación, sin que se encuentren obligados por criterios de otros compañeros ni siquiera por otras calificaciones suyas precedentes.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: Que dejado sin efecto por el Registrador el primer defecto de su calificación, prescinde tratar de este punto; que en cuanto a la cláusula de estabilización convenida en la escritura, aunque la regulación de los préstamos de Ahorro-Vivienda es de carácter imperativo y en cuanto tal supone una limitación a la autonomía de la voluntad de los contratantes, hay que tener en cuenta que la intervención estatal en materia contractual admite diversas graduaciones que van desde el extremo rigor a la máxima flexibilidad; que el Registrador entiende que la regulación de los préstamos de Ahorro-Vivienda es del primer tipo, sin dejar ningún margen de libertad a los contratantes, siendo así que de la citada regulación se deduce precisamente que se deja libertad a los interesados en todo aquello no previsto expresamente; que así lo reconoce expresamente el propio funcionario calificador al no haber puesto ningún reparo a diversos aspectos de la escritura que no estaban previstos en la regulación legal; que, en conclusión, la regulación legal del préstamo Ahorro-Vivienda, cuyo carácter imperativo nadie puede discutir, se ha limitado a imponer coactivamente algunos de los elementos del contenido de este tipo de préstamos, quedando en lo demás libres las partes sin más limitaciones que las que resultan del artículo 1.255 del Código Civil; que el apartado 4º de la Orden Ministerial de 17 de octubre de 1966 no excluye la cláusula de estabilización, sino que se limita a ordenar que los préstamos no

pueden recargarse con gastos adicionales, y al no ser la estabilización un gasto adicional no puede aplicarse a ella la prohibición que allí se establece, que el apartado 6.^º de la referida Orden Ministerial referente a la revisión de precios en relación con la regla "Inclusio unius, exclusio alterius", no constituye tampoco un obstáculo a la validez de la cláusula de estabilización en los contratos de préstamos Ahorro-Vivienda, sino que, por el contrario, más bien la justifica; que la cláusula de estabilización en el contrato de préstamos Ahorro-Vivienda no afecta a la finalidad perseguida por el legislador, ya que el objeto de la misma no es recargar o aumentar el capital que se debe restituir, lo que evidentemente constituiría una manifestación de usura, sino restablecer el equilibrio de las prestaciones dinerarias roto por la depreciación monetaria y la inflación; que la cláusula de estabilización en los contratos de préstamo Ahorro-Vivienda no es inmoral, sobre todo, si se piensa, entre otras cosas, en la posible disponibilidad inmediata de las correspondientes cuentas; que de prosperar el criterio del Registrador quedaría inutilizado el artículo 219, apartado 2.^º del Reglamento Hipotecario: que el pacto referente a la aplicación de nuevo tipo de interés si fuese modificado por disposición legal, es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo previsto en los artículos 1.255 del Código Civil y 51 del de Comercio, sin que afecte a los principios de publicidad y especialidad, ya que, aparte de la publicidad que siempre supone la Ley, al figurar la cláusula en el Registro, esta oficina anunciaría dicha eventualidad; que en cuanto a la designación de la Caja como mandatario del deudor, aceptando que los procedimientos judiciales son de Derecho Público y no pueden ser alterados por pactos particulares, es lo cierto que la estipulación cuya inscripción se deniega no supone ninguna alteración del procedimiento sino la concesión del poder para el posterior otorgamiento de una escritura de adjudicación; y que la permisión del mandato en el procedimiento ejecutivo extrajudicial no excluye el que se admita también en el judicial, puesto que por su razón estriba en que en el primero, la necesidad de una persona que otorgue la escritura es más evidente al desarrollarse las actuaciones ante Notario, mientras que en el segundo sería el Juez quien otorgaría la escritura en ausencia o rehieda del obligado, pero esta representación legal del Juez no debe ser obstáculo a una posible representación voluntaria.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, teniendo en cuenta la rectificación del Registrador en su informe confirmó la Nota calificadora por razones análogas a las expuestas por el citado funcionario, salvo en lo que se refiere al defecto señalado en la cláusula octava, párrafo d) de la escritura de préstamo hipotecario, en que tuvo en cuenta los argumentos expuestos por el recurrente y Notario autorizante.

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión Presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos en cuanto a los defectos subsistentes, solicitando en consecuencia se dicte resolución en que se declaren "válidos e inscribibles los pactos relativos a la cláusula de estabilización y a la modificación de interés por disposición legal."

Doctrina.—“Considerando que al haber dejado sin efecto el Registrador uno de los defectos de la nota de calificación y no haber apelado del Auto presidencial de otro de ellos, la primera de las cuestiones que ha de examinarse hace referencia a si está permitida la cláusula de estabilización pactada en una escritura de préstamo hipotecario de los llamados Ahorro-Vivienda por la legislación en vigor, y si en su consecuencia puede tener acceso a los libros registrales.”

“Considerando que no sin vacilaciones, y tras haber sido muy discutido en la doctrina patria, se fue abriendo camino la tesis favorable a la admisión de las cláusulas de estabilización, y así fue sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendió que dentro de ciertos límites no eran opuestas a la moral, ni envolvían una operación usuraria, ya que únicamente se encaminaban a restablecer el perdido equilibrio de las prestaciones dinerarias, y que podían tener su fundamento legal en el artículo 1.255 del Código Civil que establece el principio de libertad contractual, criterio que ha compartido el legislador al autorizar en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario con cláusulas de estabilización que reúnan las condiciones que el mismo artículo establece.”

Considerando que frente a esta tesis general que es aceptada por las dos partes del recurso, surge la discrepancia en cuanto a si la regulación de los préstamos Ahorro-Vivienda, contenida principalmente en la Orden de 17 de octubre de 1966, permite un pacto de esta índole dada la finalidad social perseguida y el carácter imperativo que para el funcionario calificador tiene la mencionada disposición legal que no autorizará otros pactos que los que expresamente aparecen regulados.”

“Considerando que es indudable el carácter imperativo de la disposición que regula el préstamo Ahorro-Vivienda en cuanto que para su concesión se han de cumplir los requisitos exigidos por la citada Orden Ministerial, entre los que hay que destacar: a) la obligatoriedad de constituir previamente por el peticionario la cuenta de Ahorro-Vivienda, sin posibilidad de reintegro parcial hasta que alcance el límite de tiempo y capital convenido en su apertura —artículo 1, 3.º— y sólo entonces puede solicitar el préstamo —artículo 1, 4.º—, limitación importante justificada en función de las contraprestaciones que recibe; y b) la preocupación de que al prestatario no se le recargue con gastos adicionales —artículo 1, 4.º, d—, y a todo ello hay que añadir que la propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 que las crea, indica como finalidad la de “canalizar las rentas privadas, creando nuevos atractivos al ahorro” y facilitando “a los pequeños ahorradores el acceso a la propia vivienda y al mercado de capitales” y, por último, la propia esencia de las Cajas de Ahorro puesta ya de relieve desde el Decreto-Ley de 1929 —artículo 1— y su posterior regulación —Ley de 22 de diciembre de 1955 y Decreto de 26 de abril de 1957— al ordenarse como régimen de las mismas, entre otros, “el de fomentar e impulsar sus obras económicas y sociales, especialmente la colaboración a la obra social del Estado, Provincia y Municipio”, todo lo cual revela, sin lugar a dudas, que estos préstamos especiales no cabe que pacten con una cláu-

sula de estabilización, que sería incompatible con las finalidades expuestas y entrarían dentro de la prohibición que señala el artículo 1.255 del Código Civil."

"Considerando respecto de la segunda y última de las cuestiones a tratar, y aceptada por el prestatario la posibilidad de que si se modifican los intereses de esta clase de préstamos por disposición ministerial serán estos nuevos los que se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor —pues las disposiciones mencionadas no han impuesto la norma con carácter retroactivo a los préstamos ya formalizados, sino por el contrario, con respecto del interés pactado— no cabe duda que producirá sus efectos entre las partes, y que podrá ser inscrito sin que pueda sobrepasarse el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada en la escritura de hipoteca, por ser una exigencia del principio de especialidad y de la necesidad del tercero de conocer exactamente esta circunstancia que tanto puede afectarle."

"Esta Dirección General ha acordado con revocación parcial del Auto apelado, confirmar la segunda parte del primero de los defectos de la nota del Registrador y revocarla en cuanto a la primera parte del segundo de los mencionados defectos, únicos extremos sobre los que ha versado la apelación."

Consideraciones críticas.—En un comentario hecho a esta Resolución por mi ilustre compañero Tirso Carretero (*"Revista Crítica de Derecho Inmobiliario"*, enero-febrero, 1973, páginas 165 y siguientes, número 494) dice que sobre uno de los problemas abordados en la misma —concretamente el de las cláusulas de interés variable— sólo existe o existían en la doctrina unos trabajos míos en los que tocaba el tema. Efectivamente, antes de que se publicase y resolviese este punto de la Resolución que comentamos, había publicado el trabajo *"Hipoteca en garantía de interés variable"* (*"Rev. Der. Not."*, julio-diciembre, números 69-70, año 1970) y en forma de síntesis del mismo otro bajo el título *"La determinación del interés y el interés variable en la hipoteca"* (*"Boletín del Colegio Nacional de Registradores"*, número 56, marzo, 1971). Con posterioridad, y esto no lo sabe el autor citado, pronuncié una conferencia en el Colegio de Abogados de Almería en el año 1973 (febrero) en la que ya recogía la Resolución citada y sus soluciones a los casos planteados. De todo ello podría deducirse una especie de *"legitimación"* exclusiva sobre el problema, cuando lo único que me llevó a escribir todo ello fue un deseo de *"acotar una materia"*, plantear un problema vivido y, deportivamente, presentar unas soluciones a los posibles supuestos que me planteaba. Tirso Carretero me reta a que *"profundice"* en la doble problemática del reflejo registral de la alteración del tipo de interés y el inconveniente de hablar de *"interés legal"* fijado por orden ministerial.

No creo que sea este el momento de acudir al reto, pues lo que al posible lector le interese es la postura crítica frente a lo que dice la Dirección y no lo que yo pueda pensar u opinar —profundizando, eso sí— en esas dos materias del reto. Por todo ello, voy a limitarme en este comentario a los tres principales puntos que constituyen el centro de la Reso-

lución, aunque uno de ellos no figure en la misma por no haber querido el Registrador apelar sobre el mismo. Realmente de las cinco faltas que el Registrador alega en la nota, van a quedar reducidas para los motivos de apelación a dos solamente: las cláusulas de estabilización y el interés variable.

De los hechos antes expuestos y, sobre todo, de la nota calificadora del Registrador, existían cinco defectos, aunque no se enumerasen por ese orden. El primero de ellos era la estipulación de un interés superior al que el Registrador le parecía vigente, cosa que posteriormente rectifica por haber encontrado la disposición que lo autorizaba. El segundo era el referente a las cláusulas de estabilización. El tercero, a la cláusula del interés variable de la hipoteca. El cuarto era respecto a la designación como mandatario para el otorgamiento de la escritura de adjudicación a la Caja de Ahorros. Y el quinto, el de no haber hecho constar en la inscripción el juego de las dos cuentas especiales por no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Verdaderamente que esta última alegación se diluye en el recurso, y tanto en los hechos, como en las alegaciones y razonamientos de la parte que interpone el recurso. Como el Registrador y el Notario autorizante de la escritura nada dicen de ello, habrá de considerarse que la razón la tenía el Registrador al negar el acceso al Registro de una cláusula que no tenía la suficiente garra para ser publicada registralmente.

Nos quedan por ello tres defectos, uno de los cuales, aun siendo abandonado por el Registrador, creo que debe ser destacado, pues las razones que se alegan por el Presidente de la Audiencia no las considero lo suficientemente convincentes, dentro del campo jurídico, como para que el Registrador recurrente no las atacase en su recurso ante la Dirección. De ahí que distingamos:

A) *Designación de mandatario del deudor*

En la escritura origen de los hechos que dan lugar a la Resolución que comentamos, existía una cláusula por la cual se designaba como mandatario, para que en su caso otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor, a la propia Caja. Esto es, el deudor autoriza a la Caja para que en su día obre en el doble concepto de acreedor y deudor para el otorgamiento de la escritura de adjudicación.

El Registrador había alegado que al tratarse de procedimientos judiciales de Derecho público, el pacto establecido carece de eficacia para alterar el esquema que de los mismo tiene establecido, y que el hecho de que se admite por el artículo 234 del Reglamento Hipotecario para un procedimiento concreto no quiere decir que deba extenderse a todos los demás, pues se trata de una norma excepcional. El Presidente de la Audiencia utiliza argumentos dados por el Notario a este respecto y estima que el referido pacto no supone ninguna alteración del procedimiento, sino la concesión de poder para el posterior otorgamiento de la escritura de adjudicación y que la permisión del supuesto en el procedimiento extrajudicial no excluye el que se admite también en el judicial, puesto que su razón estriba en que en el primero, la necesidad de una persona que

otorgue la escritura es más evidente al desarrollarse las actuaciones ante el Notario, mientras que en el segundo sería el Juez quien otorgaría la escritura en ausencia o rebeldía del obligado, pero esa representación legal no excluye la voluntaria pactada.

Es curioso que Tirso Carretero se amedrante en este caso y disculpe al Registrador de no haber atacado este argumento, pues "el problema estrictamente procesal, es demasiado complicado para traerle aquí incidentalmente y a contrapelo de la resolución". Entiendo que el problema no era procesal, ni muchísimo menos. Era un problema puramente civil que el Registrador no quiso ver y, de ello, se aprovechó el Notario y el Auto presidencial. Era el problema de la *autocontratación*. Ni la Ley Hipotecaria, ni el Reglamento, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil prohiben esa designación de mandatario, pero eso no quiere decir nada, pues el que no lo prohíba no supone que esté permitido, sobre todo cuando dentro de nuestro primer cuerpo legal existe un principio prohibitivo —y dentro del ordenamiento— diversas excepciones de la autocontratación. Ahí es donde, a mi entender, estaba la razón jurídica del ataque y no en razones "estrictamente procesales" de procedimiento.

B) *Cláusulas de estabilización*

La culminación de una evolutiva manera de enfocar el problema de las cláusulas de estabilización por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dio como resultado fructífero la redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario en el que se admite la inscripción de hipotecas con dichas cláusulas ajustadas a las condiciones que el mismo artículo establece. Este evolutivo precepto ha sido tomado en consideración recientemente en Argentina, donde, con motivo del I Congreso de Derecho Registral, el Asesor del Banco Hipotecario me pidió la fórmula empleada en España para esta clase de préstamos con estabilización monetaria.

Establecido el precepto se hace necesario precisar su ámbito aplicativo y, sobre todo, si el mismo puede tener eficacia vinculante y trascendencia registral en los préstamos de Ahorro-Vivienda regulados fundamentalmente por la Orden de 17 de octubre de 1966. El Registrador de la Propiedad niega su validez, y por ello su inscribibilidad, fundándose en que el artículo 14, apartado c) del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 y Orden Ministerial del 17 del mismo mes y año, que no deja resquicio a la autonomía de las partes teniendo en cuenta la estructura, naturaleza y fin social del contrato de préstamo y su carácter de adhesión; igualmente la condición d) del apartado 4.^º de la citada Orden Ministerial excluye el pacto de condiciones más onerosas para el prestatario; resulta —por último— inmoral la repetida cláusula por suponer un recibo de dinero prestado sin la misma y darlo con ella en préstamos sociales a pequeños ahorradores.

La Dirección General, en su considerando cuarto, emplea alguno de los argumentos utilizados por el Registrador, pero fundamentalmente los de que, conforme al artículo 1, 3.^º de la Orden Ministerial citada, exigen la constitución de una cuenta de Ahorro-Vivienda, sin posibilidad de

reintegro parcial hasta que alcance el límite de tiempo y capital convenido en su apertura; el que al prestatario no debe gravársele con gastos adicionales (artículo 1, 4, d)) y, por último, la esencia de las Cajas de Ahorro, con una finalidad de carácter social que no admiten, por incompatible, un pacto de cláusula de estabilización.

Estos tres argumentos esgrimidos por la Dirección General son los fundamentos jurídicos para excluir del ámbito del artículo 219 del Reglamento Hipotecario este pacto en los préstamos de las Cajas de Ahorro. Quizá tenga razón, y en esto confieso mi mediatización a su opinión, Tirso Carretero cuando dice que los dos argumentos más fuertes son el primero y el tercero, pero que la Dirección pudo perfectamente jugar con el primero para entender incluidas en el último párrafo del artículo 219 del Reglamento Hipotecario esos préstamos "en cuyo espíritu y casi en su letra caben perfectamente".

Realmente la amplitud de redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario daba asimismo una posibilidad grande para la vigencia de la cláusulas de estabilización, quedando únicamente excluidas para las hipotecas constituidas en garantía de cuentas de crédito y mediatizada en su modalidad para las de amortización, propias del Banco Hipotecario de España, teniendo en las demás la posibilidad dicha. Pero ahora, dada la doctrina sentada por la Dirección, habrá de tenerse en cuenta esta nueva excepción no incorporada a su último párrafo, sino independiente del mismo. El criterio restrictivo de la Dirección, manifestado en las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952, hace de nuevo aparición, aunque en estos casos, con razones y obstáculos legales y sociales que pueden poner límites al criterio avanzado de la idea que representan las cláusulas de estabilización.

C) *Cláusulas de interés variable*

Prescindiendo aquí, por supuesto, de mis conclusiones respecto al problema en los trabajos anteriormente citados, es necesario concretarse a lo resuelto por la Dirección General en el último de los considerandos de la Resolución. En principio declara válidas las cláusulas de "interés variable", no retroactivas, vinculantes para las partes y, respecto del tercero, afectantes siempre que no superen el máximo de responsabilidad pactado a este respecto. Es decir, se deja a salvo el posible principio de especialidad, pero quedan en interrogante esta serie de problemas que nos vamos a limitar a enunciar:

a) Entre las partes la cláusula es perfectamente válida, inscribible y viable. Realmente esto no es nuevo ni creo que sea preciso decirlo una vez más. Las partes hacen, deshacen, estipulan, reforman, etc., mientras no aparezca un tercero al cual puedan afectar estos pactos. Precisamente, en base de esa "expectativa del tercero" es por lo que el Registrador debe tener en cuenta el pacto, ya que el mismo, válido entre partes, puede no afectarle, y si carece de trascendencia real, ¿para qué inscribirlo?

La práctica, para salvar esta estipulación, aplica el artículo 434, 2º del Reglamento Hipotecario, que permite, con conformidad del presentante, inscribir la hipoteca, excluyendo expresamente la consignación del

pacto. Es una solución de *emergencia* que no paraliza la efectividad del crédito y que da tiempo a los servicios jurídicos de las entidades prestamistas para estudiar una fórmula más acorde con las exigencias registrales.

b) Frente a tercero el pacto ya no es tan válido ni tan inscribible. La Dirección General de los Registros exige aquí un nuevo requisito para que el pacto pueda ser inscrito y perjudicar a tercero: que no sobresepa el máximo de responsabilidad hipotecario señalado en la escritura de hipoteca. Ello convierte la hipoteca de tráfico en una hipoteca de máximo, obligando inicialmente al acreedor y al deudor a fijar o una cantidad global por capital, intereses y costas que pueda cubrir los tipos de interés diferentes, o bien señalar una cantidad máxima para el interés que pueda cubrir también las posibles variaciones del tipo.

c) La Dirección General admite la inscripción del pacto, pero nada dice respecto a la forma en que debe hacerse constar en el Registro la variación del interés, pero de la forma en que se manifiesta parece dar a entender que no es necesaria tal constatación registral, pues el tercero que contrata lo hace sobre la seguridad del montante fijado o de la cantidad máxima pactada. Creo que sería conveniente hacerlo constar para saber fechas a efectos del cómputo de los dos años vencidos y la anualidad corriente o los que expresamente se pacten, como señala el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Las fechas de vencimiento del préstamo, iniciación de ejecución o finalización, pueden ser otros argumentos favorables a esa constancia registral. La forma sería, sin duda, por nota marginal y la documentación el traslado de la disposición y el acta de notificación al deudor.

d) El interés legal suele ser fijado por preceptos con rango de ley y de ahí que la llamada de atención de Tirso Carretero sea muy de tener en cuenta. ¿Una orden ministerial puede variar el tipo de interés? A los juristas que tenemos lo que García de Enterría llama una "concepción plana del Derecho" se nos hace muy cuesta arriba admitir este "desplazamiento" legislativo que, formalmente formulado en el ámbito del campo del Derecho Administrativo, resulta luego convertido en mito por la práctica del poder "desescalonado". ¿Es legal o ilegal la variación del interés?

e) Cabría tocar, por último, el problema de la retroactividad. Sentonado el principio general de la irretroactividad de las leyes (hoy artículo 2, 3.^º del Código Civil) es evidente que la variación del interés no puede afectar nunca a los préstamos en curso, salvo que las partes en su convenio admitan tal retroactividad. Ello exigiría, como hemos dicho antes, que la cláusula fijase o que el Registro publicase a partir de qué momento se entiende modificado el interés.

Creo que se hace necesario precisar que si las partes estipulan que la variación del interés deberá retrotraerse a la fecha inicial de constitución del préstamo, están violando un principio o regla general de Derecho que establece la irretroactividad como principio, salvo la excepción que la misma ley o disposición legal diga lo contrario. Ello nos lleva a la

aplicación del artículo 1.255 del Código Civil que niega la validez a los pactos contrarios a la ley. Por ello, la Dirección General apunta que la modificación de los intereses sólo se aplicará *a partir de la fecha de entrada en vigor de la disposición ministerial*, lo cual subrepticiamente, por virtud del pacto, no hace más que admitir una retroactividad "media" para préstamos pactados con anterioridad a la norma en los cuales se prevé una alteración del interés.

Por último, cabría citar el artículo 219 del Reglamento hipotecario, que en los trabajos dichos se utiliza por nosotros, y que también recoge Tirso Carretero, en el cual pudo apoyarse la Dirección General para negar validez a estos pactos poco perfilados, a semejanza de lo que establece para las cláusulas de estabilización, válidas para el capital, pero no aplicables a los intereses.

CANCELACIÓN DE ASIENTOS.—ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO JUDICIAL QUE ORDENA LA CANCELACIÓN DE DETERMINADOS ASIENTOS, DEJANDO SUBSISTENTE LA ANOTACIÓN DE LA DEMANDA, DE LA QUE AÚN PODRÍAN DERIVARSE OTROS EFECTOS. (Resolución de 25 de septiembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de octubre de 1972).

Hechos.—Resultando que en autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, en virtud de demanda de don Federico Martín Martín contra don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García y don Manuel-José Delgado Valle, con fecha 25 de agosto de 1970 se dictó Sentencia en la que se declaraba: 1.^º Que los demandados don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García, perfeccionaron con el demandante don Federico Martín Martín, el día 10 de febrero de 1969, un contrato de compraventa por el cual los primeros cedieron al último determinadas fincas de su pertenencia, sitas en Torrecilla de la Orden y Alaejos, descritas en el primer Resultando, por el precio de 2.400.000 pesetas; 2.^º Que los predios objeto de litigio les habían sido adjudicados a los vendedores en operaciones participionales de su madre, doña Irene García Rodríguez; 3.^º Que los contratantes don Dámaso y don Inocencio Ruipérez están obligados a cumplir lo convenido en el expresado contrato, consistente en la entrega inmediata al comprador, don Federico Martín, de las fincas vendidas de que son propietarios en pleno dominio, en el momento en que se lo exigió el demandante comprador, lo que tuvo lugar el 25 de febrero de 1969, y tan pronto como se extinga el usufructo a que tiene derecho doña María García Rodríguez, lo vendido en tales condiciones; 4.^º Que los demandados tienen incumplidas sus obligaciones de entregar todo lo vendido a don Federico Martín; 5.^º Que son inexistentes y sin eficacia alguna los contratos de compraventa celebrados por los señores Ruipérez como vendedores y don Manuel-José Delgado Valle como comprador, consignados en escrituras públicas del 29 de abril y 5 de mayo de 1969, autorizadas, respectivamente, por los Notarios don Manuel Corazón Molina, de Tarancón, y don Julián Manteca Alonso, de Salamanca, señaladas con los números 344 y

1.310 de sus correspondientes protocolos y por consiguiente inexistentes o nulas dichas escrituras y las inscripciones, anotaciones y otros asientos que se hayan tomado en el Registro de la Propiedad o en otros Registros y, en general, cuantas otras consecuencias hayan producido, acordándose en consecuencia la cancelación de tales inscripciones y asientos y que se adopten cuantas medidas sean necesarias para hacer efectiva la inexistencia de tales contratos, condenando a los demandados don Dámaso y don Inocencio Ruipérez a estar y pasar por estas declaraciones y al cumplimiento de cuanto lleve a la completa efectividad de este pronunciamiento; 6.^º Que los demandados don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García deben entregar al demandante las fincas que le vendieron en el contrato de 10 de febrero de 1969, otorgando la correspondiente escritura pública el mismo día en que quede abonado el precio; que apelada la Sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial el 3 de marzo de 1971; que interpuesto por don Manuel-José Delgado Valle recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró, en 4 de febrero de 1972, no haber lugar al mismo e imponiendo las costas al recurrente; que instada la ejecución de sentencia por el actor, en Providencia de 24 de febrero de 1972 se ordenó librar exhorto al Juez de Primera Instancia de Medina del Campo para que librarse mandamiento al Registrador de la Propiedad de Nava del Rey a fin de que procediese a cancelar la inscripción, anotaciones y otros asientos que en tal Registro de la Propiedad se hubiesen tomado con motivo de las enajenaciones de los hermanos Ruipérez al señor Delgado Valle, haciéndose constar a instancia del señor Martín que la cancelación solicitada no comprendía la de la anotación preventiva de la demanda, que debería seguir produciendo los efectos correspondientes; y que recibido el exhorto en el Juzgado de Medina del Campo se libró el correspondiente mandamiento al Registro de Nava del Rey con los particulares pertinentes.

Resultando que presentado en el Registro el anterior mandamiento fue calificado con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente mandamiento por adolecer de los defectos subsanables siguientes: Derivarse de sus mandatos incongruencia y obstáculos del propio Registro y de la Ley y el Reglamento Hipotecario, ya que no puede practicarse la cancelación de las inscripciones de venta ordenada sin cancelar a la vez las anotaciones de demanda por ser éstas consecuencia de aquéllas. Lo contrario sería contradecir la naturaleza, fundamento, finalidad y alcance de las referidas anotaciones, como se deriva de toda su regulación legal y, en particular, del artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Se hace constar que la nota de calificación de este documento figura por disponerlo así el artículo 133 del Reglamento Hipotecario, en el que se señala su obligatoriedad en los documentos judiciales y por haberla pedido expresamente el interesado don Federico Martín Martín, conforme a lo establecido en el artículo 106 del citado Reglamento Hipotecario".

Resultando que don Federico Martín Martín interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el documento presentado contiene cuantos datos exigen los artículos 79-3 y 82 de la Ley Hi-

potecaria y 207 de su Reglamento; que el funcionario calificador entiende no puede cancelar las inscripciones sin hacerlo también con las anotaciones de la demanda, incumpliendo con su razonamiento vago e impreciso no sólo lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, sino también lo normado en general en dicho ordenamiento, como ha opinado la Dirección General en sus Resoluciones de 22 de junio de 1922, 13 de julio de 1933 y 7 de octubre de 1943, habiendo señalado el Centro Directivo la conveniencia de facilitar en lo posible el ingreso de los títulos en el Registro para que gocen de su protección y garantía, criterio confirmado por el artículo 116 del Reglamento dicho, que permite determinadas rectificaciones estando ya en marcha recursos contra la calificación; y que son aplicables al caso los artículos 1, 17, 18, 32, 34, 79, 82, 99 y 106 de la Ley Hipotecaria en relación con los 99, 116, 198 y 207 del Reglamento Hipotecario, textos legales que glosa en su argumentación, así como las Resoluciones de 4 de julio de 1919, 21 de diciembre de 1925, 30 de mayo de 1934, 29 de octubre de 1946 y 15 de febrero de 1958.

Resultando que el Registrador, después de una exposición de antecedentes, coincidentes en lo fundamental con lo anteriormente relatado, informó: Que no se ha practicado la anotación prevista en el número 9 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria por no haber sido solicitada conforme a los artículos 19 y 65 de la misma Ley; que uno de los ejemplares del mandamiento presentado fue retirado por un hijo del presentante como mandatario verbal de éste, después de firmar la nota prevista en el párrafo 1.^º del artículo 105 del Reglamento Hipotecario y de ponerse al margen de las fincas la nota indicada en el párrafo 2.^º del mismo precepto, archivándose el otro ejemplar del citado mandamiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 133 del propio texto y expidiéndose el mismo día al Juzgado oficio por el que se ponía en su conocimiento los hechos acaecidos y la nota de calificación puesta; que interpuesto recurso gubernativo contra la misma se extendió la nota prevista en el Reglamento Hipotecario a los efectos señalados en el último párrafo del artículo 66 de la Ley; que el recurrente, sin pararse a examinar la nota, afirma que es vaga e imprecisa, porque alega como fundamento legal todo el ordenamiento jurídico registral y el artículo 198 del Reglamento Hipotecario en particular, lo que a su juicio contradice el artículo 106 del citado Reglamento y demuestra que no se ha tenido en cuenta las Resoluciones que sobre el particular ha dictado la Dirección General de los Registros y del Notariado, añadiendo que no se ha aplicado el artículo 99 del repetido Reglamento; que frente a tales argumentos es evidente que una atenta lectura de la nota lleva a conclusiones distintas, ya que en la misma aparecen detallados de una manera clara y precisa los defectos que tiene el mandamiento calificado; que por lo que respecta a la imprecisión que pudiera suponer la cita como fundamento jurídico de la Ley Hipotecaria y su Reglamento y en su particular el artículo 198 de este último, tal imprecisión se desvanece si se tiene en cuenta que esta materia está citada en muy escasos preceptos, como puede comprobarse examinando los índices de los textos legales aludidos; que ha procedido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 y 99 de la Ley Hipotecaria,

interpretados por la Resoluciones de 22 de junio de 1963, 23 de julio de 1870, 22 de julio de 1874, 27 de noviembre de 1877, 7 de noviembre de 1879, 23 de noviembre de 1904, 19 de mayo de 1908, 31 de julio de 1944, 14 y 18 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1969; que la Ley Hipotecaria y su Reglamento en sus artículos 242 y 139, respectivamente, establecen que las anotaciones preventivas son una de las clases de asientos que se practican en el Registro, siendo su característica fundamental la temporalidad, de donde resulta que terminado un proceso por sentencia debe necesariamente dejar de surtir efecto la anotación preventiva de demanda correspondiente, como se deduce de los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento; que la anotación de demanda pública simplemente un hecho, asegurando sólo la efectividad de la sentencia que en su día se pronuncie; que la anotación se convierte en inscripción cuando la persona a cuyo favor estuviera constituida adquiera definitivamente el derecho anotado, y como en este caso no existe derecho anotado no se puede hablar de conversión, pese a estar incluido el artículo 198 por error de sistemática junto con otros preceptos bajo la citada rúbrica; que el Reglamento de 1915 no hablaba de conversión más que en el artículo 166, equivalente al 196 actual, y no señalaba los supuestos de conversión, como hace ahora el 197; que por ello se plantearon en la doctrina y jurisprudencia numerosas dudas acerca de si cabía aplicar la conversión a la anotación de demanda, olvidando que si la conversión exige un derecho anotado y en las anotaciones de demanda lo que se anota es un hecho, resulta evidente que tal conversión es imposible; que si el fundamento de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados de un juicio, cae de su peso que terminado éste y ejecutada la sentencia, la anotación de la demanda que dio lugar al mismo no tiene razón de ser, como confirman las Resoluciones de 4 de julio de 1919, 29 de octubre de 1946 y 6 de julio de 1962; que en el aspecto registral, la anotación de demanda actúa como instrumento de publicidad para evitar que pueda aparecer un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero terminado el litigio la anotación no tiene objeto y sólo produciría una perturbación en el funcionamiento del Registro; que lo que accede a los libros registrales por la anotación indicada es la demanda y no el derecho demandado; que el artículo 198 del Reglamento Hipotecario mencionado en la calificación constituye un obstáculo insuperable para el cumplimiento de lo ordenado en el mandamiento calificado, como puede comprobarse con un atento análisis del mismo; que a lo expuesto hay que agregar los obstáculos que nacen del registro para la práctica de los asientos pretendidos, pues si ha recaído sentencia firme que ordena la cancelación de unos asientos, el mantenimiento de las anotaciones de la demanda correspondiente implicaría una incongruencia registral al quedarse sin contenido, que aun accediendo a lo pretendido, el mantenimiento de tales anotaciones no supondría beneficio alguno para el anotante, y al aparecer como titulares los hermanos Ruipérez, hasta podría dar lugar a que surgiese la figura del tercero en perjuicio del propio demandante; que el mantenimiento de las expresadas anotaciones iría

en contra de las disposiciones de la Ley Hipotecaria sobre cancelación y liberación del Registro de asientos caducados, ineficaces o vacíos de contenido, bastando para comprobar dicha afirmación la lectura de sus disposiciones transitorias; que la plena garantía a favor del señor Martín nace de la inscripción incondicionada en el Registro, y en todo caso, si tuviese alguna dificultad en la transferencia del dominio por los obligados, el procedimiento adecuado sería la anotación preventiva de embargo del número 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria; que si bien, tanto el otorgamiento a su favor de la escritura de venta como la anotación preventiva de embargo citada son medios de los que el recurrente puede beneficiarse, esta voluntariedad no puede permitirle pretender la vigencia de unos asientos que según la Ley y el Reglamento Hipotecario deben cancelarse; y que en cuanto a la imposición de costas, el artículo 130 del Reglamento Hipotecario establece que sólo se impondrán al Registrador cuando haya procedido con negligencia e ignorancia inexcusable, razón por la cual debe satisfacerlas el recurrente.

Resultando que el Magistrado Juez que intervino en el procedimiento informó en el sentido de que hasta que el demandante presente en el Registro, previa liquidación del impuesto correspondiente, la oportuna escritura a su favor, "debe subsistir la anotación preventiva de la demanda para seguridad del actor".

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y este funcionario se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos con desarrollo o aclaración de algunos puntos de su informe.

Doctrina.—“Considerando que, al ordenarse en el mandamiento calificado, expedido en trámites de ejecución de sentencia, la cancelación de las inscripciones practicadas como consecuencia de los contratos de compraventa que la sentencia, estimatoria de la demanda anota, declara inexistentes y sin eficacia, y disponer en el mismo mandamiento que dicha cancelación no comprende la de anotación preventiva de la demanda origen del cedimiento, que ha continuar produciendo los efectos que le correspondan, el problema planteado en este expediente consiste en determinar si es posible cumplir en tal forma lo que ordena el mandamiento o si por el contrario, como mantiene el funcionario calificador, no se pueden realizar tales cancelaciones sin cancelar también la anotación preventiva de la demanda”.

“Considerando que la finalidad cautelar de la anotación preventiva de demanda es asegurar las resultas de un juicio a fin de que sea posible la ejecución de la sentencia en él recaída y favorable a quien instó la práctica de la anotación, y de ello se deduce que, independientemente de las causas de extinción legalmente establecidas, dicha anotación debe subsistir como regla general, hasta la total ejecución del fallo, sin que baste para su cancelación la sola circunstancia de haberse dictado sentencia firme en el litigio cuya existencia publica la anotación, ya que durante el período de ejecución de la sentencia no sólo hay que considerar que el

pleito aún está en tramitación, sino que, incluso, es entonces cuando la anotación debe desplegar sus peculiares efectos."

"Considerando que si se atiende exclusivamente a los términos literales en que está redactado el párrafo 3.^º del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, puede parecer, en efecto, que la anotación preventiva de demanda sólo se puede cancelar en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, pero tal interpretación literal se desvanece al apreciar que en muchos casos puede ocurrir que el fallo contenga pronunciamientos cuya ejecución no sea simultánea y en dichos supuestos es evidente que dicha ejecución podrá llegar al Registro a través de títulos distintos, aunque derivados todos, como es lógico, de la propia ejecutoria, y en momentos también distintos y no sería acorde con la finalidad de la anotación practicar su cancelación en el momento de acceso del primero."

"Considerando que en el presente caso, la cancelación de las inscripciones extendidas a nombre de uno de los demandados constituye solamente la ejecución de parte del fallo, por lo que la anotación preventiva de demanda, para que pueda cumplir la función cautelar que el corresponde, debe subsistir con toda su eficacia hasta la total ejecución, que será el momento en que por haberse cumplido su finalidad y estar practicados todos los asientos procedentes en virtud de la ejecutoria, resultará de aplicación el párrafo 3.^º del artículo 198 del Reglamento Hipotecario."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado."

Consideraciones Críticas.—La cuestión de fondo que ofrece el supuesto resuelto por la Dirección General es un problema de calificación de documento judicial ordenando unas cancelaciones de inscripciones que se declaran nulas, por nulidad de los títulos que las provocan, pero debiendo mantener la anotación preventiva de demanda en la que se solicita esas nulidades y cancelaciones. Esquemáticamente es así el problema, aunque tenga variaciones que lo maticen.

En la relación poder judicial-calificación registral es preciso afinar mucho, para nunca llegar al roce conceptual que puede ser distinto, según el enfoque que se le quiera dar al problema. En el presente caso la nota calificadora, llena de aristas hipotecarias, no tuvo el apoyo doctrinal en su defensa y lo que pudo ser una fuente de claridades para la discutida anotación preventiva de demanda, queda de nuevo en la penumbra.

Hipotecariamente hablando es correcta la nota calificadora y, por supuesto, nada tiene de vaga ni imprecisa, como alega el recurrente, pero es nota poco hábil en la que se encierra el gran reto para una discusión ulterior que luego se pierde. La anotación preventiva de demanda hecha sobre la base de que uno de los demandados era el titular registral (pues de otra forma hubiese tenido que denegarse), publica no sólo el hecho de la interposición de la demanda, sino el derecho controvertido, avisando a los posibles terceros adquirentes de que si adquieren deben estar a las resultas del juicio con todas sus consecuencias. Pues bien, realizada la anotación y presentado ulteriormente el mandamiento ordenando que se cancele la inscripción del titular registral, pero que subsista la anotación, se produce la siguiente situación: anulada la inscripción a favor

de don Manuel-José Delgado Valle, surge como vigente la anterior, cuyos titulares registrales son don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García, terceros hipotecarios protegidos. Si de verdad quiso protegerse hasta última hora —es decir, hasta que se cumpliesen todos los pedimentos de la demanda—, lo que el mandamiento debió de ordenar fue la subsistencia de la anotación, pero rectificándola por haber quedado *inexacta*.

Creo que ahí es donde estaba la defensa de la nota y no en la insistente alegación del párrafo tercero del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, donde la letra del mismo oscurece el argumento que hábilmente destruye la Dirección General: “dicha anotación debe subsistir como regla general, hasta la total ejecución del fallo, sin que baste para su cancelación la sola circunstancia de haberse dictado sentencia firme en el litigio, cuya existencia publica la anotación, ya que durante el período de ejecución de la sentencia no sólo hay que considerar que el pleito aún están en tramitación, sino que incluso es entonces cuando la anotación debe desplegar sus peculiares efectos”. Mantener una anotación preventiva *inexacta* es lo inadmisible, hipotecariamente hablando. Digo todo ello sobre la base de que la anotación estuviera extendida con la corrección que exigen las circunstancias del artículo 166, 2 del Reglamento Hipotecario.

La Dirección General utiliza en apoyo de sus tesis dos argumentos más: el de rechazar la interpretación literal del artículo 198, 3 del Reglamento Hipotecario, sobre la base de que los pronunciamientos del fallo pueden no ser ejecutados simultáneamente y que la cancelación que se ordenaba solamente era ejecución parcial del fallo, debiendo subsistir la anotación hasta su total ejecución. Habría que tener a la vista el asiento de anotación y su redacción para poder argumentar críticamente contra esta solución, que idealmente parece correcta.

COMPRAVENTA POR EXTRANJERO.—ES INSCRIBIBLE SIN NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN MILITAR UNA ESCRITURA REFERENTE A LA CUARTA PARTE DE UNA FINCA INCLUIDA EN UN PLAN GENERAL DE URBANIZACIÓN Y CUYAS TRES CUARTAS PARTES YA HAN SIDO INSCRITAS POR EL FUNCIONARIO CALIFICADOR. (Resolución de 28 de septiembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 13 de octubre de 1972.)

Hechos.—Resultando que por escritura otorgada ante el Notario del Puerto de la Cruz don José Peña Llorente, el 10 de agosto de 1966, don Francisco García Feo, por sí y como apoderado de su hija doña Angélica García Alonso, vendió, juntamente con otros, a don Marcel Ettienne Gaillard, de nacionalidad francesa, una finca que les pertenecía llamada “Arenas del Mar” o “Jaquita”, sita en la zona de reserva urbana del Médano, término de Granadilla de Abona; que en la comparecencia de dicha escritura, con referencia a la representación de doña Angélica García Alonso, se invoca una “escritura de poder que dice ya tener otorgada la misma, suficiente para este acto y cuya copia no ha llegado y presentará en tiempo y forma... obligándose así como los otros comparecientes

vendedores, quienes responden de las consecuencias de la falta del mismo"; y que en la misma escritura se testimonia una certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, de fecha 5 de agosto de 1966, acreditativa de que, según informe emitido por el técnico municipal, la parcela 93 del polígono 5 y del catastro de rústica, a nombre de don Fernando García Feo, se encuentra dentro de la zona de reserva urbana del Plan General del Médano.

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la referida escritura, el 11 de diciembre de 1969 se suspendió la inscripción "por el defecto subsanable de no acompañarse el poder de doña Angélica García Alonso. Sin tomar anotación de suspensión por no haberse solicitado"; que tras una nueva presentación el 29 de septiembre de 1970, se inscribieron todas las participaciones vendidas excepto las procedentes de doña Angélica "por no acompañarse el poder con que actúa su apoderado, y tomada anotación de suspensión por defecto subsanable y plazo legal"; que el recurrente pretendió obtener de los vendedores copia de la escritura del poder mencionado y al no conseguirlo presentó querella criminal para lograr su propósito; que como resultado de su acción, el Juzgado le proveyó de un testimonio del poder otorgado por doña Angélica García Alonso asistida de su esposo; que con este testimonio y otra certificación del Ayuntamiento sobre la inclusión de la finca en el Plan de Urbanización de Granadilla solicitó nuevamente la inscripción de la escritura de compraventa, poniéndose en la misma, el 10 de julio de 1971, la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por los siguientes defectos subsanables: a) No se acompaña la copia del poder notarial con que actúa el apoderado; y no es adecuado para sustituirla el testimonio expedido en papel de oficio por el Secretario judicial del partido que adjunta con el título presentado, por violar lo dispuesto en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes 34 y 98 del Reglamento y especialmente lo que establece el artículo 222 del Reglamento Notarial sobre expedición de copias. Tiene la copia del poder que estar expedida por el funcionario competente para darlas y hacer fe. b) No acreditarse el cumplimiento de lo ordenado en la Circular del Estado Mayor Central del Ministerio del Ejército —interpretando y aclarando el alcance de la Ley de 23 de octubre de 1935 sobre adquisiciones de inmuebles por extranjeros— publicada en el "B. O. de la Provincia", número 69, de fecha 9 de junio de 1971, en su párrafo 2º, que hace necesaria la autorización del citado Ministerio para todas aquellas urbanizaciones independientes, alejadas de los centros de población y separadas de ellas por zonas rurales. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado"; que el 13 de enero de 1972, el recurrente volvió a presentar en el Registro la escritura cuestionada junto con la copia autorizada y legalizada del poder otorgado por doña Angélica, que al fin consiguió, y certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona acreditativa de que la finca comprada estaba incluida en la zona de reserva urbana del Plan General del

Médano y en el Plan Parcial de Urbanización de "Ensenada Pelada", y el 18 de enero puso el Registrador la siguiente nota: "Suspendida nuevamente la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por los siguientes defectos subsanables: a) Se acompaña la copia del poder aludido en el apartado a) de la precedente nota de suspensión, pero sin estar legitimada la firma del Notario autorizante. b) Que se acredite el extremo b), también de la nota de suspensión anterior, puesto que la certificación del Ayuntamiento de esta villa que se acompaña, es de fecha anterior a la Orden publicada en el "Boletín Oficial de la Provincia", número 69, de fecha 9 de junio de 1971. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado; y que, por último, el 7 de febrero de 1972 se presentó nueva petición de inscripción acompañada del poder autorizado y legalizado, así como de una certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona expedida el 21 de enero de 1972 en la que se reitera la inclusión de la repetida finca en los planes de urbanización municipal, causando el 2 de marzo de 1972 la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por el defecto subsanable de: No se acompaña autorización del Ministerio del Ejército; o en su lugar no se aporta la certificación del Ayuntamiento de esta villa con los requisitos que expresamente determina la Circular del Estado Mayor Central de dicho Ministerio, a que se refiere la nota de suspensión que obra en este documento con fecha 10 de julio último, de obligado cumplimiento. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado".

Resultando que don Marcel Ettienne Gaillard interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que como la Nota de suspensión se centra en el defecto subsanable de no acompañarse autorización del Ministerio del Ejército o, en su lugar, certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, con los requisitos que determina la Circular del Estado Mayor Central publicada en el "B. O. de la Provincia", número 69, de 9 de junio de 1971, interesa examinar si realmente se producen tales defectos subsanables; que el artículo 2 de la Ley de 23 de octubre de 1935 dispone que es necesaria "autorización militar" para la "adquisición por parte de entidades o individuos de nacionalidad extranjera de obras de cualquier clase, fincas y terrenos enclavados en las zonas que a continuación se detallan, siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas..."; que este precepto es el que ha querido ser aclarado en la Circular aludida, en la que se dice que: "No se precisará autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el casco de la población y su ensanche sea certificado por la Corporación Municipal"; que a la vista de la certificación municipal presentada resulta que el Médano, si bien no forma parte propiamente del casco del término municipal de Granadilla de Abo-

na, si constituye un poblado o barrio importante dentro del mismo, hasta el punto de que el Ayuntamiento se ha considerado en la necesidad de dotarlo de un plan general de ordenación urbana que ha sido aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente Ley del Suelo, y en ese Plan general ha establecido su zona de reserva urbana que constituye el ensanche normal y ordinario de tal poblado o barrio; que como consecuencia de dicho plan general y en ejecución del mismo se aprobó un Plan parcial de la expresada zona de reserva urbana, que se llama "Ensenada Pelada", debidamente aprobado también por la Comisión Provincial de Urbanismo, al amparo de la citada Ley del Suelo; que, por tanto, como el inmueble adquirido forma parte de la zona de reserva urbana o de ensanche del barrio o poblado del Médano, perteneciente al término municipal de Granadilla de Abona, con su plan general aprobado por los organismos urbanísticos competentes y en plena urbanización, encaja plenamente en el apartado primero citado de la expresada Circular, por lo que tal adquisición no precisa autorización militar que aunque cuando el Registrador inscribió las partes indivisas que no son objeto de debate, no estaba publicada la repetida Circular, es evidente que estimó se daban los requisitos establecidos en el artículo 2.^º de la Ley de 1935 que hacían no exigible la autorización militar, y tal criterio no debe haber cambiado como consecuencia de la misma, ya que eso supondría desconocer como realidades urbanas los barrios o poblaciones espaciados dentro de los extensos términos municipales de una isla, como son, por ejemplo, en el de Granadilla de Abona, los barrios de Charco del Pino y Chimiche, a los que aun alejados del casco del municipio no se les puede desconocer como poblados y por tanto recogidos en el citado artículo 2.^º de la Ley de 1935; que, a mayor abundamiento, no se puede olvidar que según lo dispuesto en el artículo 63, 1.^º, b) de la Ley del Suelo será considerado terreno urbano aunque se encuentre sin urbanizar los espacios "enclavados en sectores para los que existan aprobados planes parciales de urbanización"; que el artículo 12 de la misma Ley estima que los planes y proyectos municipales de ordenación y urbanización que no abarquen la totalidad del término se calificarán de reforma interior o de extensión, según los sectores a que afecten, siendo del último tipo los relativos a superficies de suelo exterior al casco urbano; que la Ley de 1935 desconoció el término "casco urbano" elaborado por la legislación urbanística posterior, debiendo ser considerado equivalente la expresión "poblado" que debe referirse lo mismo al centro de la población que a un barrio comprendido en su zona de reserva urbana y con plan parcial de urbanización; y que otra interpretación conduciría al absurdo, como puede comprenderse si se piensa en el término de La Laguna, en donde La Cuesta o Taco, por no estar en el casco de la ciudad, fuesen considerados terrenos rústicos, cuyas adquisiciones por extranjeros precisasen autorización militar.

Resultando que el Registrador informó que la finca objeto del recurso está rodeada de otras rústicas, a unos tres kilómetros del núcleo de población y sólo en parte incluida en un plan parcial de urbanización,

sin proyecto elaborado sobre el particular, por lo que, sintiéndolo mucho, no puede acceder a la pretensión del recurrente, que no ha cumplido las norma existente sobre la materia; que el 15 de abril ha puesto en conocimiento del Capitán General de Canarias la situación planteada para que pueda precisar el alcance de la disposición militar sobre el caso; y que como normas aplicables citaba los artículos 18, 19, 65, 66 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento; la Ley de 23 de octubre de 1935 y su Reglamento y la Circular del Estado Mayor Central del Ejército de 2 de junio de 1971.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente, subrayando que si el funcionario calificador inscribió tres partes indivisas de la finca cuestionada será porque le pareció haberse acreditado su emplazamiento en zona de reserva del Plan General del Médano y con un plan parcial de urbanización, confirmando esta opinión el hecho de que en la Nota de 29 de septiembre de 1970 suspendió la inscripción de la restante cuarta parte indivisa en razón solamente de la no presentación de la escritura de poder.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si será necesaria la autorización del Ministerio del Ejército para la adquisición y subsiguiente inscripción por extranjero de una finca sita en término de Granadilla de Abona (Tenerife), por encontrarse afectada por la limitación de la Ley de 23 de octubre de 1935, siendo necesario advertir que solamente se trata de inscripción de una cuarta parte indivisa del inmueble, en la que faltaba la ratificación o presentación de poder suficiente, pues el resto se inscribió por el propio funcionario calificador sin haber exigido aquella autorización.”

“Considerando que de la documentación aportada y especialmente del certificado del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, resulta a) que El Médano es un barrio de esta población sobre el que recibe un Plan General de Ordenación Urbana, aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo; b) que dentro de la zona de reserva urbana del mencionado Plan General, se halla aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo un Plan Parcial de Urbanización; y c) que incluida dentro de esta zona de reserva se encuentra la finca discutida que se pretende inscribir.

“Considerando que a la vista de estos antecedentes, claramente se deduce que no es pertinente la autorización exigida, pues la Ley de 23 de octubre de 1935 únicamente la extiende a las fincas y terrenos enclavados en las zonas señaladas que estén fuera del casco de las poblaciones y no incluidas en sus ensanches o urbanizaciones, y así lo entendió en un principio el Registrador al inscribir las tres cuartas partes indivisas del inmueble, suspendiendo la otra cuarta parte solamente por no haberse presentado el poder correspondiente.”

“Considerando que, como con todo acierto ha puesto de relieve el Auto del Presidente de la Audiencia, la Circular de 2 de junio de 1971 no puede tener otro alcance que el derivado de su finalidad aclaratoria e interpretativa de la Ley de 1935 y del Reglamento para su aplicación, sin

que pueda comprender a otros supuestos que los contemplados en la propia Ley, y es evidente que si por casco urbano ha de considerarse cualquier zona poblada o barriada con población propia, la finca discutida está comprendida dentro de la previsión legal que exime de autorización militar."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—La alta función encomendada al Registrador de la Propiedad a través de la *calificación* ha supuesto a través de los tiempos el gran prestigio de que goza la profesión, la observancia del principio de legalidad y el cumplimiento de la seguridad jurídica en materia de tráfico inmobiliario. Es curioso que, fuera de casos insólitos, las argumentaciones jurídicas siempre suponen una aportación de altura que ha servido de justificación secular para que las Resoluciones de la Dirección General gocen de esa viabilidad paralela a la de las Sentencias del Tribunal Supremo.

En la presente Resolución se parte de un "extremado celo" por parte del funcionario calificador, lo cual, en principio, no viene más que a ratificar lo que acabamos de decir, pero si ello fuera permisible, podría hasta disculparse. El "extremado celo" puede consentirse siempre que no roce preceptos que limiten estos excesos. En el punto medio está la virtud del privilegio que se nos concede. La sucesiva presentación de un mismo documento, al amparo del artículo 108 del Reglamento Hipotecario obliga cada vez a una nueva calificación. Ahora bien, ¿esta calificación deberá ser "congruente con la anterior", distinta "de la anterior", "complementaria" de la anterior, "independiente" de ella o "consecuente" y reiterativa de la anterior? Mientras el artículo 108 del Reglamento Hipotecario admite las sucesivas nuevas presentaciones, el 127 del mismo, aun admitiendo posibles variantes a la calificación, ordena la *inclusión en responsabilidad disciplinaria* al funcionario que por nueva presentación del título va acumulando sucesivos defectos que en la primitiva calificación no consignó, pero que va descubriendo posteriormente.

Este viene a ser nuestro caso. Sucesivamente, en los años de 1969 a 1972 se presenta por cinco veces consecutivas el documento objeto de la calificación y, lo que en principio parece reducirse a la exigencia de la presentación de un poder, posteriormente se complica con la petición del documento que acredite la autorización militar o la excepción de que la finca se encontraba exenta de dicho requisito. Conviene advertir que la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario se agrava más por el hecho de que su celo se manifiesta respecto a la "cuarta parte" de una finca de la que ya había inscrito las otras *tres cuartas partes* restantes en el segundo intento.

Entre los defectos aludidos por el Registrador es preciso destacar dos de ellos que pueden dar lugar a comentarios, aunque fundamentalmente sea el último el que plantea el problema central de la Resolución. Estos dos defectos o faltas son:

A) Falta de poder o poder documentado insuficientemente

Incidir en la necesidad de un poder —general o especial— para actuar jurídicamente en nombre de otro sería volver a repetir la doctrina emanada de los conocidos artículos 1.259 y 1.713 del Código civil, y de lo que aquí se trata es de la representación documentada del poder.

Había dicho hace tiempo —y conviene ahora recordarlo, dadas las grandes facilidades mecanizadas y los pequeños abusos que a su amparo pretenden cometerse— Martínez Santonja (“Algunas consideraciones sobre lo que debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de instrumentos públicos sujetos a inscripción”, 1950) que debe el apoderado presentar, en cada una de las actuaciones ante Notario, la copia fehaciente del poder que acredite su representación, estimándose insuficiente la presentación en la Notaría o en el Registro de un *testimonio* por exhibición de la copia fehaciente del poder, ya que de lo contrario no podría lograrse una eficaz revocación por devolución del documento, no podría evitarse una actuación con poder revocado y se violaría el artículo 227 del Reglamento Notarial en orden a la prohibición de obtener copias del poder.

En el presente caso la falta inicial de presentación del poder trata de solucionarse a través de la obtención de un *testimonio* judicial del mismo, lo cual viola, según dice acertadamente el Registrador, lo dispuesto en el artículo 222 del Reglamento Notarial en orden a la “exclusiva” de expedir copias.

Debe ser buena ocasión ésta para salir al paso de esa práctica viciosa en la que, para ganar tiempo, se acude a la *fotocopia testimoniada* del poder, lo cual no hace más que violar lo antes dicho, ya que el testimonio no es la credencial del poder, pudiendo darse el caso de haberse retirado el poder de manos del mandatario y seguir éste actuando en virtud de un testimonio del que no tiene noción de su existencia el mandante o podertante. Aparte de que el testimonio no es nunca documento *auténtico* a los efectos del artículo 34 del Reglamento Hipotecario.

B) Autorización militar

En la tercera presentación de documentación a efecto de lograr la inscripción solicitada, el Registrador añade el defecto de la falta de autorización militar, conforme a la Circular del Estado Mayor Central del Ejército de fecha 9 de junio de 1971, que aclara la Ley de 23 octubre de 1935. Es, como hemos apuntado, la base del recurso que la Dirección General va a solucionar en el sentido de que no es precisa en base de una serie de argumentos que resumiremos.

Conforme a las disposiciones citadas es precisa la autorización del Ministerio del Ejército para la enajenación y adquisición a favor de extranjeros —entidades o individuos— de fincas y terrenos sitos fuera de poblado y no incluidos en zona de ensanche de urbanización o ensache, sitos en Baleares, Canarias, costa del Estrecho de Gibraltar y costas e islas del litoral gallego. Es claro que la finca, en principio, parecía quedar dentro de la exigencia legislativa, pues se dice que estaba sita en término de Granadilla de Abona (Tenerife).

Lo que ya no parece tan claro es que estuviera "fuera de poblado y no incluida en zona de ensanche o urbanización". Aparte de que el Registrador, con su inscripción de las otras partes indivisas de las fincas, así lo debió entender, la presentación de la certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, acreditativa de que la finca estaba incluida en la zona de "reserva urbana" del Plan General del Médano y el Plan Parcial de Urbanización, así se lo debió hacer ver, aunque no fue así ya que a la certificación del Ayuntamiento le opuso el defecto de ser anterior a la Orden aprobatoria del Plan y publicada en el "Boletín Oficial de la Provincia".

La Dirección General demuestra que del certificado del Ayuntamiento de Granadilla resulta que el Médano es barrio de Granadilla, sobre el que recáe un Plan General de Ordenación y dentro de la zona de reserva existe, además, un plan parcial de urbanización, estando incluida la finca en esa zona de reserva urbana. Luego, haciéndose eco del Auto Presidencial, perfila lo que debe entenderse por "casco urbano": cualquier zona poblada o barriada con población propia.

Comentada esta Resolución con posterioridad a la vigencia de nuevas disposiciones se hace preciso citar, aunque sólo sea a título de orientación, el estado de la legislación para ver sus posibles variantes. El Decreto de 31 de octubre de 1974 sanciona con fuerza de ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España, siendo otro Decreto de igual fecha el que simultáneamente aprueba el Reglamento para su aplicación.

De estas disposiciones resulta —como ya lo apunta la Exposición de Motivos— que siguen vigentes determinadas prohibiciones o exigencias de autorización reguladas en disposiciones especiales. Así, el artículo 17 de la Ley dispone que: "Cuando la adquisición de inmuebles se lleve a cabo por extranjeros, sean o no residentes, les será de aplicación la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, si la finca objeto de la adquisición se encuentra en alguna de las zonas especificadas en dicha legislación." En igual forma se manifiesta el artículo 21 del Reglamento. Ello lleva a aplicar la legislación antes expuesta.

En nada afecta a la misma las Resoluciones del Ministerio de Trabajo de 20 de diciembre de 1974, 20 de enero de 1975 y 25 de enero del mismo año, sobre determinados aspectos de las inversiones de extranjeros en España.

RECURSO GUBERNATIVO.—NO PROcede CONTINUAR EL RECURSO CUANDO EL NUEVO TITULAR DE LA OFICINA INFORMA QUE ACEPta LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE E INSCRIBE EL DOCUMENTO PRESENTADO. (Resolución de 10 de octubre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 20 de octubre de 1972.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Vigo por el Notario recurrente el 8 de septiembre de 1969, la viuda e hijos de don Román Fernández Morais aprobaron la partición de bienes convenida por

los mismos, protocolizándose el oportuno cuaderno particional en cuyo inventario figuraba bajo el número 12, situada en el Ayuntamiento de Puenteareas, lugar de Curuxreira, una "casa deshabitada de planta baja. Superficie de 35 metros cuadrados. Linda: derecha entrando, carretera; izquierda, herederos de Benjamín Quintero; frente, carretera de Las Nieves; y trasera, el declarante. Su valor: 3.000 pesetas".

Resultando que, presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificado con nota que en la parte referente a la citada finca dice así: "Se suspende la inscripción por el defecto de no aparecer previamente inscrita, sin que pueda practicarse su inmatriculación conforme el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por no constar en el documento presentado las circunstancias esenciales de la adquisición anterior hecha por el causante ni el título por el que éste adquirió dicha finca y sin que se hayan presentado otros documentos para acreditarlo (párrafo 2.^o del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y párrafos 4.^o y 5.^o del artículo 298 de su Reglamento). No se toma anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Puenteareas, 8 de abril de 1972".

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, después de la reforma de 1959, dice que "conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria pueden inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.^o, los documentos comprendidos en su artículo 3.^o que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento"; que, por tanto, resulta evidente que la escritura presentada es inscribible, ya que fue autorizada el 8 de septiembre de 1969 y se presentó para su inscripción dos años y cuatro meses después, provocando la nota de 8 de abril de 1972; y que, posiblemente, el error se deba a la duda suscitada a veces sobre si la partición de herencia es o no título idóneo para la inmatriculación por lo cual, para que la Dirección se pronuncie sobre este punto, sugiere el Registrador y él proyecta recurrir del Auto presidencial si procediere, aunque sólo sea a efectos exclusivamente doctrinales o los interesados subsanen el defecto.

Resultando que el Registrador informó: que en las inscripciones de inmatriculación realizadas al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, su párrafo 2.^o exige que en el asiento que se practique se expresen las circunstancias esenciales de la adquisición anterior; que efectivamente no es necesario que esta adquisición anterior figure en ningún otro documento cuando ha pasado un año desde la fecha de aquél que se inscribe, pero esto no quiere decir que tal antecedente no sea necesario y debe invocarse; que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario es de rango inferior que el 205 de la Ley Hipotecaria que desarrolla, el cual debe interpretarse de la forma amplia señalada, pero sin prescindir de lo que dispone; que la necesidad de expresar las circunstancias especiales de la adquisición anterior, entre ellas el nombre de la persona de quien adquirió la finca del causante, es también preciso para que el Registrado

dor se asegure de que no estaba ya inmatriculada, y en ello debe procederse con criterio riguroso; que de seguirse la opinión del recurrente podría originarse una doble inmatriculación y constituiría un medio de eludir los procedimientos de reanudación del trámite sucesivo; que por la descripción que se hace, la finca podría ser confundida con otra del inventario al no aportarse para evitarlo documentación complementaria de cualquier registro fiscal, amillaramiento o catastro; que el defecto señalado puede subsanarse con una simple instancia del interesado, que no supone prácticamente gasto alguno, que no ha basado su calificación en la naturaleza de la partición, por lo que no procede entrar en esta cuestión.

Resultando que, trasladado el titular de la oficina, se pidió informe al Registrador interino, quien lo emitió en el sentido de que, teniendo en cuenta la dificultad en la identificación de la finca cuestionada, ha extremado el rigor en su localización en los libros registrales y no habiendo aparecido inscrita accede a "rectificar en todo la nota recurrida" en mérito al primer fundamento alegado por el recurrente, desistiendo, en consecuencia, del defecto señalado en la calificación, por lo que estima improcedente el recurso incluso a efecto exclusivamente doctrinales.

Resultando que el Presidente de la Audiencia, en vista de lo anterior, dio por terminado el recurso, ordenando se comunicase su decisión, al recurrente, el cual se alzó de la resolución presidencial para que la Dirección se pronuncie sobre los distintos problemas, tanto sustantivos como procesales, planteados en el recurso interpuesto.

Doctrina.—"Considerando que el recurso gubernativo a efectos exclusivamente doctrinales, admitido por el último párrafo del artículo 112 del Reglamento Hipotecario, requiere indudablemente, al igual que el regulado con carácter ordinario en la Ley y Reglamento Hipotecario, el mantenimiento de la nota calificadora por parte del Registrador, por lo que al aparecer en el presente expediente que el funcionario que sucedió al frente del Registro al autor de la nota, ha accedido en su informe a rectificar la misma en su totalidad, con aceptación de los argumentos alegados por el recurrente, es evidente que falta tal fundamental presupuesto para la procedencia del recurso y debe darse el mismo por terminado, tal como dispone el auto presidencial recurrido, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado."

Consideraciones críticas.—Los matices que caracterizan al presente recurso, cuya solución ofrece la Dirección General en un solo considerando, pueden concretarse en los tres siguientes: 1) Que se trata de un recurso a efectos puramente doctrinales. 2) Que la solución de fondo queda eliminada por el problema formal; y 3) Que el diverso criterio en la función calificadora permite estos supuestos. Vamos a ir comentando cada uno de los mismos para dar una visión general de lo que es y pudo ser la Resolución comentada.

1) *Recurso a efectos puramente doctrinales.* Esta posibilidad de re-

currir a efectos "puramente doctrinales", aparte de las grandes ventajas que ofrece en orden a la clarificación de conceptos y posturas, es una novedad introducida por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1949, pero que ya tenía antecedentes en las Resoluciones de 12 diciembre de 1923, 15 de diciembre de 1927 y 15 de enero de 1944 en las cuales se veía a sentar la doctrina de que podía recurrir el Notario autorizante de la escritura —y por extensión, añado yo, los funcionarios judiciales y administrativos autorizantes del documento en cuestión— aunque los interesados se hubieran conformado con la calificación y subsanado el defecto o defectos advertidos, al objeto de defender exclusivamente su prestigio profesional.

La Rica ("Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario", 2.^a Parte, Modificaciones, Madrid, 1949) comenta el caso considerado que se alude a los supuestos en que, aun inscrito el documento rechazado por el Registrador, en virtud a la subsanación de los defectos señalados por éste, interese a las partes o al Notario, más bien a este último, obtener una declaración jurisprudencial que resuelva el caso controvertido. No era desconocido —sigue diciendo el autor citado— el supuesto en nuestra práctica en que, puestos de acuerdo el Notario y Registrador, se plantease algún recurso sin más finalidad que provocar una resolución de la Dirección que señalase un criterio seguro sobre algún punto dudoso. Encuentra su antecedente la figura en el artículo 1.782 de la LEC, que autoriza al Ministerio Fiscal a interponer recurso de casación en los pleitos en que haya sido parte por infracción de ley o de doctrina legal, pero sin que quede afecta a la ejecutoria ni menoscabar el derecho de las partes.

Realmente, en el supuesto presente no se llega a lograr la deseada función "doctrinal", pues el caso central del recurso, si el artículo 298 del Reglamento Hipotecario es complementario del 205 de la Ley Hipotecaria a efectos de inmatriculación, queda sin resolver, aun y a pesar de que el Notario autorizante de la escritura en su apelación ante la Dirección, pedía que la misma se pronunciase sobre los distintos problemas, tanto sustantivos, como procesales, planteados en el recurso interpuesto.

2) *Inmatriculación de documentos al amparo del artículo 205 y 298 de la Ley del Reglamento.* El Registrador que califica el título presentado opone como obstáculo para que pueda tener acceso al Registro la inscripción de inmatriculación que se solicita que, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el documento debe reunir los requisitos que el párrafo 2.^º de dicho artículo exige, esto es: que permita poder expresar las circunstancias esenciales de la adquisición anterior. El Notario, más apegado a la letra del artículo 298, 1.^º, estima que los documentos comprendidos en el artículo 205 y 3 de la Ley Hipotecaria podrán ser inscritos "aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento".

Prescindiendo de opiniones más o menos conocidas y, por supuesto, de auténtica maestría doctrinal, como son las de Roca, La Rica y Sanz, lo cierto es que nosotros ("Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral",

Madrid, 1967, página 707 y siguientes, tomo I) apuntábamos la solución que defiende el Registrador en su nota, pues todo el medio facilitador de documentos a los efectos inmatriculadores queda supeditado a lo que dispone el artículo 205 de la Ley Hipotecaria en orden a las circunstancias que debe contener el asiento, entre las cuales está el de que se haga constar *las esenciales de la adquisición anterior*.

Es una pena que esta cuestión tan fundamental en este recurso, y que evitaría prácticas abusivas en el otorgamiento de documentación pública, haya quedado sin solución "doctrinal", cuando el recurso creo que la única finalidad que llevaba era ese precisamente. Quizá el segundo Registrador, al informar allanándose a las pretensiones notariales, no llegase a intuir perfectamente la "profundidad" del problema.

3) *Diverso criterio en la función calificadora.* La "unificación" de la función calificadora es logro difícil de alcanzar y, además, es contraproducente, pues la garantía del pretendiente a la inscripción reside en el posible diverso criterio interpretativo del funcionario calificador. En el contraste de pareceres se basa el Estado para lograr el cumplimiento del principio de legalidad.

Novedad importante introducida en la tramitación del recurso gubernativo por la reforma del año 1947 es la establecida en el artículo 116 del mismo Reglamento Hipotecario y, en cuya virtud, el Registrador a quien se pida informe, *sea o no el mismo* que hizo la calificación recurrida, podrá rectificar ésta en todo o en parte y si se conformase con la petición del recurrente, lo comunicará al Presidente de la Audiencia con devolución del expediente... dando por terminado el recurso el Presidente. Con ello, como dice La Rica en la obra antes citada, se concede al Registrador un derecho a *allanarse a la demanda*, que antes no se le concedía. Añade dicho autor que la rectificación total o parcial de la calificación sólo tiene o puede tener efectividad cuando la hace el *Registrador que desempeñe el Registro* en que aquella se hizo, pues la hecha por el que cambió de destino, no puede tenerla si sostiene la calificación su sucesor. Debe de entenderse que la rectificación se refiere, en el sentido de no mantener todos o algunos de los defectos señalados, es decir, de atenuación de la nota, pero nunca en el sentido de *agravación* de la misma.

Precisamente esta discrepancia entre el Registrador calificador y el Registrador posterior informante da base a que en la presente Resolución la Dirección General diga que, por haberse allanado el segundo Registrador a la pretensión del Notario autorizante de la escritura, es cuando el recurso debe entenderse por finalizado, conforme a lo que dispone el artículo 116 del Reglamento Hipotecario. No obstante, hay que advertir que el funcionario calificador del documento había ya emitido su informe con arreglo al artículo 115 del Reglamento Hipotecario y sólo en una segunda fase de "mejor proveer" conforme al artículo 124 del mismo Reglamento solicita de nuevo informe a un Registrador que ya no es el mismo que emitió el primero. La posible duda de si el artículo 116 del Reglamento se aplica al caso del artículo 115 del mismo o también abar-

ca al del 124 se despeja en este recurso, pues la sustitución de Registrador bien puede producirse entre la nota de calificación y la petición de informe, como entre el informe admitido y el complementario para "mejor proveer". Es decir, en estos dos momentos procesales puede presentarse la *variación* de criterios registrales.

La posible variación de criterio registral deja, por así decirlo, indefenso al primer Registrador, que habiendo puesto la nota correspondiente ve que por variaciones de criterios posteriores —justificados o no— queda en entredicho su solución al caso planteado. ¿Podrá el Registrador calificador y que emitió su primer informe en defensa de la nota, apelar la decisión presidencial que, ante el allanamiento del segundo Registrador, declara resuelto el proceso?

A la luz de las disposiciones legales reglamentariamente establecidas por los artículos citados se hace muy difícil sostener esa posición. El allanamiento hecho por el segundo Registrador, titular o interino del registro, parece que vincula y decide esta especie de *recurso de reposición*. No es, por así decirlo, el Registrador nominativamente considerado, sino el cargo que ocupa, prescindiendo de la persona, el que decide. Aquí sucede lo contrario de lo que pasa en los Impuestos de Rendimiento de Trabajo Personal y Renta, que al ser típicamente personales su vinculación no se transmite al que posteriormente suceda en el cargo.

Se citan en los "vistos" de la Resolución otra serie de ellas de fechas 1955 y 1966, las cuales, por su fecha, podrían aportar criterios interpretativos al problema, pero suponen casos diferentes al aquí planteado. No obstante, en la de 16 de diciembre de 1955 se da el caso de nota calificadora por un Registrador e informe posterior de otro que disiente, habiéndose solicitado por el Presidente de la Audiencia *informe del anterior*, pero me imagino que al amparo del artículo 124 del Reglamento Hipotecario. Igualmente, esta Resolución da por sentado que el Registrador calificador, distinto del informante, carece de legitimación para entablar el recurso de apelación, ya que reconocer personalidad distinta del titular registral podría dar lugar a situaciones anómalas.

Tirso Carretero ("Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", marzo-abril 1973, página 430), al comentar esta Resolución, propone de "lege ferenda" que se sustituya el criterio de los artículos 114 a 116 del Reglamento Hipotecario por el criterio seguido en los artículos 55 a 57 del Reglamento del Registro Mercantil de esta manera, aunque se mantuviera la doble instancia, además de la reposición, que es otra cuestión discutible, se eliminaban gran número de los problemas, porque todo el recurso quedaría centrado sobre el acuerdo del artículo 57. Solución que —aparte reformas reglamentarias en marcha— ofrece muchas dificultades de aplicación.

DIVISIÓN Y VENTA.—NO SON INSCRIBIBLES UNAS ESCRITURAS DE DIVISIÓN Y VENTA DE BIENES DEJADOS EN HERENCIA PARA CONSTITUIR UNA FUNDACIÓN, CON EXPRESA PROHIBICIÓN DE DISPONER. (Resolución de 15 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 25 de noviembre de 1972).

Hechos.—Resultando que doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín en estado de viuda de don Eduardo Sáenz de Santander, sin sucesión forzosa, otorgó testamento en Madrid, el 17 de junio de 1963, ante el Notario de la capital don Luis Sierra Bermejo, en el que tras ordenar varios legados instituyó heredero universal en nuda propiedad en el permanente de todos sus bienes, con la obligación de ofrecer perpetuamente determinados sufragios y obras piadosas, a la Comunidad de Padres Salesianos, que debería construir con ellos “una fundación que se denominará Nuestra Señora de Valvanera”, para escuela de capacitación industrial o agraria, con el fin de que se capacite moral y materialmente a los jóvenes de Cenicero y de Uruñuela, provincia de Logroño, siendo preferidos los primeros. La sede de esta escuela tiene que ser en la misma casa de la finca de Somalo, Torremontalvo (Logroño). Queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo, ni parcelarlo ni venderlo en todo o en parte, para así atender a los fines para que se deja” (cláusula 5.^a); que en la cláusula 11 se dice que “es voluntad de la otorgante que cuantos legados tenga ordenados y dispuestos en este testamento, así como la institución de herederos en usufructo y en propiedad, comprendida en la cláusula 4.^a a favor de sus hermanos, se entiendan libres de cargas y de toda clase de gastos e impuestos, el importe de los cuales será abonado por el albaceazgo con cargo a los bienes de la herencia”; que en el citado testamento se faculta a los Albaceas para “vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles, si fuera necesario para pagos e impuestos de la testamentaría” (cláusula 8.^a); que la testadora falleció el 16 de diciembre de 1965 bajo el anterior testamento y el 12 de diciembre de 1966 se autorizó en Madrid, por el Notario don Juan Vallet de Goytisolo, escritura de manifestación y adjudicación de bienes de la herencia de la causante en que se daba cumplimiento a su última voluntad, escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad; que el 8 de agosto de 1967 se otorgó en Bilbao ante el Notario don José Antonio Torrente Secorun otra escritura mediante la cual el reverendo padre Emilio Hernández García, Inspector provincial de la Congregación Salesiana, con poder del Rector Mayor de la misma, conforme al artículo 56 de sus Constituciones, que se mencionaba, autorizó a los Albaceas testamentarios de la repetida causante para que “ambos juntos o por separado con poder del otro, parcelen y vendan en todo o en parte, a quienes les pareciere, por los precios y en las condiciones que exige la finca número 83 —del inventario particional—, heredad regadío en Campillo u Olivar Grande, sita en Somalo, jurisdicción de Torremontalvo”, que pertenecía a la Congregación por el anterior título indicado y que formaba parte del complejo denominado Somalo, destinado a atender los

gastos de la Fundación "Nuestra Señora de Valvanera", que en el referido poder del Rector Mayor de la Congregación Salesiana, reverendo padre don Renato Ziggotti, incorporado mediante testimonio a la anterior escritura de autorización se dice que "en la sesión del Capítulo Superior o Consejo General de dicha Sociedad, celebrada el 7 de diciembre de 1961, bajo su presencia, en la Casa Madre de Turín, se tomó el siguiente acuerdo que el declarante, con este acto, convierte en ejecutivo: Conforme al artículo 56 de nuestras Constituciones se autoriza al declarante y por medio de éste su poder general al reverendo señor don Emilio Hernández García, Inspector o Provincial de la Inspectoría Salesiana de San Francisco, con residencia en Bilbao, Deusto (España), y a sus legítimos sucesores pro-tempore en dicho cargo, para que, en relación con los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Congregación Salesiana dentro de los límites de dicha Inspectoría o Provincial Religiosa, en nombre y representación del mandante en el modo más amplio y completo como en derecho se requiere, pueda ejecutar los actos siguientes: 1.º Vender, permutar y administrar bienes muebles e inmuebles, semovientes, valores y efectos públicos, créditos y derechos personales, reales, hipotecarios o de cualquier otra índole, por el precio y con los pactos y condiciones que estipule, percibiendo el precio y cuanto corresponda. 2.º Comprar y adquirir por título oneroso y gratuito bienes muebles e inmuebles, derechos reales y créditos de toda índole, con los pactos que acuerde, abonando su importe en la forma que se estipule... 5.º Aceptar y renunciar herencias y legados, condicionados o no, así como cualquier clase de donaciones, intervenir en las testamentarías y abintestatos, concursos y quiebras, asistiendo a juntas y cediendo o solicitando quitas y esperas... 7.º Representar a la Congregación Salesiana ante toda clase de organismos en los expedientes y actos en que la misma tenga interés. 8.º Pedir inscripciones, anotaciones y cancelaciones en el Registro de la Propiedad... 10.º Sustituir estos poderes en todo en o parte... y, finalmente, estipular y firmar actas notariales y otros documentos públicos o privados... con todas las salvedades que tenga por conveniente"; que el 18 de agosto de 1967 se otorgó en Logroño, ante el Notario don José de Granda y Martínez, escritura de división material de finca rústica para su venta a varios compradores en escrituras posteriores, mediante la cual, debidamente autorizado, el Albacea don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín, "no habiendo aportado los herederos nudo-propietarios ni los usufructuarios el efectivo necesario para los pagos e impuestos de la testamentaría, usando de sus facultades y utilizando las autorizaciones y licencias conferidas", divide la finca número 83 del inventario de la escritura de partición de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, ya señalada, en catorce parcelas para su venta posterior a los colonos que la venían cultivando; y que por escrituras posteriores otorgadas ante el mismo Notario desde dicha fecha —18 de agosto de 1967— hasta el 21 de los mismos mes y año, el citado Albacea vendió a los mencionados colonos las parcelas correspondientes.

Resultando que presentados en el Registro primera copia de la ex-

presada escritura de división material, junto con posteriores escrituras de compraventa y los demás documentos complementarios, fueron calificados, la primera división material con la siguiente nota: "DENEGADA la inscripción del precedente documento, el cual fue presentado con la escritura de poder que se dirá, por observarse en él los siguientes defectos: 1.^º El poder dado por el reverendo padre Emilio Hernández García, en representación de la Sociedad de San Francisco de Sales, a favor de don Ricardo y don Alejandro Ruiz Azcárraga y San Martín, mediante escritura otorgada en Bilbao el 8 de agosto de 1967, ante el Notario don José Antonio Torrente Secorun, contiene las facultades de parcelar y vender en todo y en parte a quienes les pareciere por los precios y las condiciones que exige la finca número 83, heredad regadio en Campillo u Olivar Grande, sita en Somalo, jurisdicción de Torremontalvo..."; y del testimonio incorporado en dicha escritura de poder resulta que el reverendísimo sacerdote doctor don Renato Ziggotti, en su calidad de Rector Mayor de la Sociedad de San Francismo de Sales, vulgo Congregación Salesiana o Salesianos de Don Bosco, en ejecución del acuerdo, convertido en dicho acto ejecutivo, adoptado en sesión del Capítulo Superior o Consejo Generalicio de dicha Sociedad, celebrado el 7 de diciembre de 1961, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de las Constituciones de la referida Sociedad, se autorizó al reverendo señor don Emilio Hernández García y a sus legítimos sucesores *pro-tempore* en dicho cargo, para que en relación con los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a expresada Congregación Salesiana, dentro de los límites de dicha Inspectoría o Provincial Religiosa en el modo más amplio y completo como en derecho se requiere, pueda ejecutar diversos actos, amplios y concretos que se enumeran bajo los números 1, 2, 5, 7, 8 y 10 de referido testimonio inserto; entre los cuales no figura comprendida la expresada facultad de parcelar o segregar que exige la Ley que es objeto del documento que se califica. Como asimismo tampoco se insertan ni se acompañan las Constituciones de expresada Congregación para su calificación de si el poder y facultades conferidas corresponden única y exclusivamente al Capítulo Superior o Consejo Generalicio. 2.^º Porque la finca que en dicho documento se parcela para su venta en Olivar Grande o Campillo, llamada en el Catastro Campillo, polígono 4, parcela 1 A-B, de 10 hectáreas, 7 áreas y 4 centíareas según el Catastro, y 10 hectáreas, 24 áreas y 85 centíareas según el Registro, y como formando parte del complejo Somalo - Toremontalvo, se inscribió el 4 de junio de 1969, al tomo 587 del Archivo, libro 3 del Ayuntamiento de Torremontalvo y Somalo, folio 237, finca número 304, inscripción 1.^a, en usufructo a favor de don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín y pasando dicho usufructo al faltar don Alejandro a sus hermanos doña Julia, doña Mariana y don Ricardo Ruiz de Azcárraga y San Martín, y en nuda propiedad y como heredero nudo propietario, con la facultad de convertirse en pleno dominio al extinguirse el usufructo del último de los usufructuarios instituidos, se inscribió a favor de la Comunidad de Padres Salesianos, cuya inscripción, que fue motivada por la escritura otorgada

en Madrid el día 12 de diciembre de 1966 ante su Notario don Juan Vallet de Goytisolo, con motivo de la exceilentísima señora doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, se practicó la prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte dicha finca, prohibición impuesta por dicha exceilentísima señora en su testamento, otorgado en Madrid el 17 de julio de 1963 ante el Notario don Luis Sierra Bermejo, prohibición establecida por la testadora con objeto de que la Comunidad de Padres Salesianos cumpla con las fincas que integran el complejo Somalo-Torremontalvo..., los fines que la testadora fijó en su referido testamento, siendo la cláusula 5.^a de éste del siguiente tenor literal: "Quinta. Instituye como heredero en nuda propiedad del remanente de todos sus bienes a la Comunidad de Padres Salesianos, cuya nuda propiedad se convertirá en pleno dominio al extinguirse el usufructo, con la obligación de ofrecer permanentemente los siguientes sufragios en el mes de noviembre, o sea, las treinta Misas, una por cada una de los difuntos que señala en su testamento. Dispone la testadora que, por la expresada Orden, se constituya una vez consolidado el pleno dominio, con los bienes que le correspondan, una Fundación, que se denominará "Nuestra Señora de Valvanera", para escuela de capacitación industrial o agraria, con el fin de que se capacite moral y materialmente a los jóvenes de Cenicero y Uruñuela, provincia de Logroño, siendo preferidos los primeros. La Sede de esta escuela tiene que ser en la misma casa de la finca de Somalo-Torremontalvo —Logroño—. Queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo, ni parcelarlo, ni venderlo en todo o en parte para así atender a los fines para que se deja. Todos los ornamentos religiosos que tiene en su casa de Somalo, como los cuadros religiosos, serán para la misma Comunidad instituida heredera con igual prohibición de enajenar. También se obliga a la Comunidad heredera de dar a perpetuidad una limosna con la fecha del día de la muerte de la testadora a los pobres que existan en la lista oficial del Ayuntamiento de Cenicero y Uruñuela, no pudiendo aumentar el número de ellos y la limosna será de 25 pesetas cada uno". Y si bien el primero de los defectos es subsanable, el segundo no lo es, por lo que no procede tomar anotación preventiva: que como consecuencia de la anterior nota, también se denegó la inscripción de trece escrituras de compraventa de las diferentes parcelas en que se había dividido la finca principal, según notas de calificación muy similares a la primera.

Resultando que el Notario autorizante de la escritura de división material y posteriores de venta cuya inscripción fue denegada, interpuso recurso gubernativo contra la primera calificación y alegó: que como las calificaciones de las escrituras de venta no eran más que una consecuencia de la previa denegación de la de división material, bastaba recurrir contra la nota puesta en dicha escritura para que, si se resolvía revocándola automáticamente, pudiesen inscribirse las que se habían otorgado con posterioridad; que con referencia a la citada calificación, el propio registrador que deniega por insuficiencia del poder, ha inscrito en la misma oficina de Logroño agrupaciones y segregaciones contenidas en

la escritura de 12 de diciembre de 1966, autorizada por el Notario señor Vallet, que fue presentada en el Registro acompañada de un testimonio que se archivó en él, autorizando el 11 de diciembre de 1962 por el Notario don Ignacio Nart Fernández, en el que es de suponer figurasen las Constituciones, Estatutos o Capítulos de la Congregación Salesiana, puesto que no los echó de menos el Registrador; que habiendo, por tanto, constatación registral de las omisiones que señala el funcionario calificador como defecto subsanable por el cual deniega la inscripción, no deben ser consideradas defecto de ninguna clase; que la denegación de inscripción por el defecto insubsanable de contravenir la prohibición de la testadora la parcelación y venta de la finca Olivar Grande o Campillo, una, ni la mejor ni la peor de las que forman el complejo Somalo, obliga a la interpretación del testamento de la finada doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín; que el testamento, acaso la más pura de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad se define por la doctrina y la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1965) como un "acto o negocio jurídico solemne, en principio unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir para después de la muerte de su autor consecuencias eficaces en derecho con mandatos inequívocos para regular la sucesión"; que el testamento, sin dejar de ser un acto es un régimen —el de la sucesión *mortis causa*— ordenador de todas las relaciones jurídicas en las que el difunto estuviera implicado y a las que lícitamente pudiera llegar el influjo de su voluntad; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1952 dice que la voluntad del testador "es ley de la sucesión sólo en cuanto se mantenga dentro de los límites materiales y formales permitidos por el ordenamiento jurídico, de suerte que si tal limitación es rebasada y se actúa frente a una prohibición legal será nulo lo actuado, conforme prescribe el artículo 4.^º del Código Civil"; que cuando el contenido del testamento es diáfano, sin dejar lugar a dudas, no cabe más interpretación que la literal (artículo 675 del Código Civil), pero "cuando las cláusulas son ambiguas, oscuras o contradictorias (Sentencia de 2 de junio de 1950) se impone la interpretación esclarecedora" (Sentencias de 4 de junio de 1959 y 21 de febrero de 1962); que el párrafo 4.^º de la cláusula 5.^a del testamento de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín dice que "queda prohibida completamente la desmembración de lo que hoy constituye Somalo"; que ante esta cláusula, lo primero que hay que averiguar es lo que debe entenderse por "hoy"; que la interpretación de referirse la testadora al tiempo de hacerse el testamento debe rechazarse, puesto que con posterioridad segregó y vendió varias parcelas especialmente fértiles; que referida la expresión "hoy" al tiempo de la muerte de la testadora —momento en que todo el testamento adquiere su plena validez— hay que tener también en cuenta la cláusula undécima, en que se dispone que "es voluntad de la otorgante que cuantos legados deja ordenados en este testamento, así como la institución de herederos en usufructo y en propiedad comprendidos en la cláusula 4.^a a favor de sus hermanos, se en-

tiendan libres de cargas y de toda clase de gastos e impuestos, el importe de los cuales será abonado por el albaceazgo con cargo a los bienes de la herencia"; que no distingue la testadora, ni por consiguiente se debe distinguir, si esos bienes de la herencia sobre los que deben recaer los gastos e impuestos de la misma, sean o no de los que forman parte del complejo Somalo, reforzando esta interpretación la facultad conferida a los albaceas en la cláusula 8.^a para "vender bienes de cualquier clase, incluso imuebles, para pago de gastos e impuestos de la testamentaría", sin hacer ninguna exclusión; que forzosamente se debe entender que lo dispuesto en las cláusulas 8.^a y 11.^a limitan la extensión de la prohibición contenida en la cláusula 5.^a, porque de no satisfacerse el impuesto sucesorio no hubieran podido heredarse los bienes relictos al óbito de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín ni se podrían haber inscrito en el Registro de la Propiedad, que está obligado a pedir la justificación del pago de los impuestos y archivar las cartas justificativas de haberse hecho efectivo; que en el párrafo 3.^º de la repetida cláusula 5.^a ordena la testadora que por la Congregación Salesiana "se constituya, una vez consolidado el pleno dominio, con los bienes que le correspondan, una fundación benéfico-docente denominada "Nuestra Señora de Valvanera", con los fines, deberes y obligaciones que detalla"; que el primer párrafo de la misma cláusula 5.^a "instituye como heredero en nuda propiedad del remanente de todos sus bienes, a la Comunidad de Padres Salesianos, cuya nuda propiedad se convertirá en pleno dominio al extinguirse el usufructo, con la obligación de ofrecer perpetuamente" determinados sufragios, obligándose igualmente a la Comunidad, por el párrafo 6.^º, a dar perpetuamente una limosna en la fecha en que muriese la testadora a los pobres del Ayuntamiento de Cenicero y Uruñuela; que así como en el párrafo 3.^º de esta cláusula aplaza la testadora la creación de la fundación hasta el momento en que el último usufructo se consolide con la nuda propiedad, las obligaciones piadosas deben cumplirse desde que ocurra el fallecimiento de la causante hasta el final de los tiempos, por lo que los sacerdotes que digan los sufragios han de percibir su limosna y estipendio no de la nuda propiedad improductiva, sino de la propiedad plena cuando se consoliden con ella los usufructos; que en la calificación de la escritura de partición de 12 de diciembre de 1966 no se hace reserva ni salvedad alguna sobre prohibiciones de desmembrar, ni de enajenar, ni otra limitación que advierta a quienes basados en dicho título transmitan, adquieran, graven, modifiquen o realicen cualquier acto o negocio jurídico sujetos a inscripción; que, sin embargo, en la escritura de parcelación 3.999 y en las 4.000 a 4.011, todas fechas 18 de agosto de 1967 y la 4.019 del 21 de los mismos mes y año, las catorce otorgadas ante el recurrente, el mismo Registrador de la Propiedad, en nota por él suscrita el 12 de enero de 1970, afirma haber practicado la inscripción 1.^a de la finca 304, obrante al folio 237 del tomo 587 del Archivo General del Registro de la Propiedad de Logroño, libro 3.^º de Torremontalvo, con la prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte, resultando extraño que apareciendo las inscripciones de las fin-

cas del complejo Somalo, sin limitación ni reserva alguna, aparezcan posteriormente con una prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar; que ello hace suponer que los primitivos asientos pudieron haber sido rectificados por el propio Registrador, haciendo uso liberal y amplísimo de los preceptos del título VII de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento; que además, la prohibición de enajenar impuesta por la testadora para cuantos bienes constituyen la fundación pugna abiertamente con el número 2 del artículo 785 del Código Civil, según el cual no surtirán efectos las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar; y que en la misma dirección el artículo 27 de la Ley Hipotecaria afirma que las prohibiciones de enajenación y disponer se harán constar en el Registro y producirán efecto si están impuestas por el testador en disposiciones de última voluntad, "siempre que la legislación vigente reconozca su validez", por lo que *a sensu contrario*, no serán inscribibles las que no sean legales, como es, por ejemplo, la prohibición perpetua de enajenar, que no sirve para nada aunque indebidamente se inscriba en el Registro de la Propiedad, según entiende la doctrina hipotecaria más solvente.

Resultando que el Registrador informó: Que le asombra y considera ofensiva la afirmación del recurrente de que las inscripciones de las fincas integrantes del complejo Somalo fueron practicadas "sin limitación ni reserva alguna", apareciendo posteriormente una prohibición de enajenar, desmembrar o parcelar; que las referidas inscripciones se practicaron con la indicada prohibición, según figuraba en el testamento de la causante y si, en las notas puestas al pie del título que se inscribió no se hicieron constar dichas limitaciones fue por no ser procedentes, ya que en las citadas notas sólo se ponen los pactos o condiciones por los que se suspenda o deniegue la inscripción; que la Comunidad Salesiana aceptó la herencia con todas las cargas impuestas por la testadora, obligándose con el capital y bienes heredados a cumplir los fines señalados en el testamento; que si bien la causante autorizaba a los Albaceas para vender bienes de todas clases, incluso inmuebles, para hacer frente a los gastos e impuestos de la testamentaría, esta autorización no puede extenderse a los bienes integrantes del complejo Somalo-Torremontalvo, teniendo en cuenta el carácter terminantemente prohibitivo de la disposición testamentaria; que, por tanto, si en la sucesión de la expresada señora no había efectivo suficiente, pudieron haberlo aportado los interesados y, en último término, vender valores mobiliarios, ya que vendiendo éstos el quebranto ocasionado hubiera sido muy inferior al producido al vender bienes inmuebles de regadio, en continua revalorización, dándose además, el caso curioso, de que primero fueron satisfechos los derechos reales y con posterioridad se vendieron las fincas para atender al pago de los mismos; que el poder dado por el reverendo padre Emilio Hernández García a favor de don Francisco y don Alejandro Ruiz de Azcárraga y San Martín contiene facultades de parcelar y vender, pero no para segregar o parcelar; que no han sido presentadas en el Registro directamente ni incorporadas a ningún otro documento, ni como comple-

mentario, las Constituciones de la Congregación Salesiana para poder calificar si las facultades conferidas corresponden única y exclusivamente al Capítulo Superior o Consejo Generalicio, sin que la opinión del recurrente pueda sustituir a dichas Constituciones, las cuales no se exigieron al inscribir la herencia por tratarse de un acto adquisitivo, sin que del testimonio autorizado el 11 de diciembre de 1962 por el Notario don Ignacio Nart Fernández, incorporado parcialmente en la escritura de don Juan Vallet, de fecha 12 de diciembre de 1966, resulte tener facultades para parcelar o segregar el reverendo padre Emilio Hernández García, el cual no ha intervenido en segregación o parcelación alguna con anterioridad a las denegadas, pues las corregidas en la partición hereditaria de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín fueron realizadas por ella en su testamento; que en cuanto a las alegaciones del recurrente respecto a los límites permitidos por el ordenamiento jurídico, estima que el testamento de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín está dentro de los límites permitidos por el mismo; que sus cláusulas son claras y no dejan lugar a dudas, por lo que, desde el momento en que ocurrió el óbito de la expresada señora, todos los bienes integrantes del llamado complejo Somalo-Torremontalvo quedaron sujetos, excepto las parcelas que en dicho testamento legaba la finada a varias personas, a todas las prohibiciones y limitaciones impuestas con objeto de que dichos bienes pudieran destinarse a los fines que en la última voluntad se fijaban, y con tales prohibiciones y limitaciones que fueron aceptada la herencia por los interesados sin que los Albaceas pudieran vender fincas integrantes del expresado complejo, y que, finalmente, hace constar que las notas a que se refiere el recurrente —de 4 y 24 de junio de 1969— de poca información podían servir a los adquirentes en las escrituras cuya inscripción se denegó con fecha 12 de enero de 1970, ya que estas escrituras se otorgaron el año 1967, o sea, antes de inscribirse la testamentaria.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en cuanto al primer defecto, por entender suficientemente facultado al reverendo padre Emilio Hernández García para representar a la Congregación Salesiana, y confirmó el segundo, dados los claros términos de la cláusula testamentaria de doña Elena Ruiz de Azcárraga y San Martín, que prohíbe la desmembración del complejo Somalo que destina a una fundación benéfica de carácter agro-industrial.

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial y a su anteriores argumentos en cuanto al defecto subsistente, agregó: que al no existir en la herencia dinero suficiente para el pago de los impuestos ni aportarlo los herederos, se plantearía la cuestión de si era más conveniente vender bienes o valores, y dado que también éstos irían a parar en su momento a la Congregación Salesiana para la fundación que se establecía, se optó de acuerdo todos los interesados, por la venta de una pequeña parte del complejo Somalo, ya que el momento coyuntural no aconsejaba la venta de acciones y que, en definitiva, la primera perjudicada si esto se hacia sería la propia fundación.

Doctrina.—“Considerando que para inscribir las catorce escrituras de compraventa que se han autorizado se requiere previamente la inscripción de la segregación y parcelación realizada por los albaceas y, en su consecuencia, corresponde examinar el único defecto de que se haapelado, a saber, si la prohibición impuesta por la causante de su testamento —cláusula 5.^a— de no poder enajenar, desmembrar o parcelar ni en todo ni en parte el conjunto de fincas rústicas y urbanas que constituyen la heredad denominada Somalo, y que tiene su reflejo en los libros registrales, no ha de tenerse en cuenta en el caso debatido, dado que la misma testadora autoriza en la cláusula 8.^a del citado testamento a los propios albaceas, para vender bienes de cualquier clase, incluso inmuebles, si fuese necesario para pago de gastos e impuestos de la testamentaria, y para este menester se parcelaron y enajenaron las fincas cuya inscripción se solicita.”

“Considerando que queda fuera del debate de este recurso la cuestión apuntada por el Notario recurrente sobre la posible ineficacia de la cláusula prohibitiva de enajenar en cuanto que al no establecerse ningún límite temporal podría vulnerar lo ordenado en el artículo 785, 2.^º del Código Civil, pues dado que se extendió el asiento correspondiente, mientras no se declarase en su caso su inexactitud, de conformidad con el artículo 1, 3.^º de la Ley Hipotecaria, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos, y como además, y aparte de lo anterior, la ineficacia de la prohibición sería a partir del 2.^º grado, o bien una vez constituida la Fundación, situación que todavía no se ha producido, la cuestión se ha de centrar exclusivamente en la interpretación de la voluntad de la testadora, para saber si su intención era dar primacía en términos absolutos a lo ordenado en la cláusula 8.^a de su testamento o si, por el contrario, las facultades que en la misma confiere a los albaceas han de ceder frente a la prohibición contenida en la cláusula 5.^a del mismo testamento.”

“Considerando que, según establece el artículo 675 del Código Civil, toda disposición testamentaria habrá de entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que era otra la voluntad del testador, y que en caso de duda se observará la que sea más conforme con su intención, y por eso el Tribunal Supremo, al interpretar este precepto indica en reiterada jurisprudencia que habrá de examinar todas y cada una de las cláusulas testamentarias y relacionarlas unas con otras a fin de que pueda observarse y cumplirse lo realmente requerido por el causante.”

“Considerando que ente las facultades que competen al albacea ocupa una posición preeminente la de interpretar el testamento, función que ha de procurar realizar adaptándose a la real voluntad del de cujus, y sin mixtificaciones que pudieran desvirtuarla, y por eso, cuando los albaceas, dentro del plazo legal y sin agotar siquiera el de la prórroga que la testadora había establecido, liquidaron el patrimonio relicto y otorgaron la escritura el 12 de diciembre de 1966 adjudicaron al heredero —en cumplimiento de lo ordenado en la cláusula 8.^a del testamento de la cau-

sante— la nuda propiedad de todas las fincas rústicas y urbanas que se comprenden en el conjunto de Somalo, con la prohibición de disponer establecida y sin que para el pago de los gastos e impuestos de la testamentaria se vendiese ninguno de los inmuebles que forman parte del mismo, por entender seguramente los albaceas, y en esto actuaron correctamente, que al existir otro tipo de bienes tanto muebles como inmuebles, era a éstos a los que primeramente habría que acudir, y en su caso enajenar, para cumplir con la reserva hecha en el apartado XII de la escritura de partición y sólo en último término a aquellos a que la testadora había dado un destino determinado, con lo que quedaban perfectamente armonizadas las dos cláusulas testamentarias.”

“Considerando que aun cuando con la formalización de la escritura particional queda agotado el poder conferido por la testadora a los albaceas, pues es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar el artículo 910 del Código Civil que las atribuciones de los mismos cesan cuando los herederos aprueban las operaciones divisorias y toman posesión de los bienes integrantes del caudal hereditario —como aquí ha sucedido— al estar pendiente de realización, tal como se recoge en el apartado XII de la mencionada escritura, el cumplimiento de lo ordenado en la cláusula undécima del testamento de la causante y realizar su misión los albaceas dentro de la prórroga que les fue conferida, siguen ostentando la personalidad para poder actuar y, en su consecuencia, las escrituras de parcelación y venta otorgadas producirían todos sus efectos si no hubiese sido porque no se acomodaron a la clara voluntad de la testadora que estableció sobre esos inmuebles una prohibición de disponer”.

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y las notas del Registrador en el único defecto objeto de debate.”

Consideraciones críticas.—En la presente Resolución se afrontan una serie de problemas y se eluden otros sobre la base de unos argumentos que citaremos. El principal tema del recurso está envuelto en el superior de la interpretación de la voluntad testamentaria por el juego de dos cláusulas contenidas en el mismo testamento (cláusulas 5.^a y 8.^a). Junto a este problema central podríamos señalar el de los poderes temporales de los albaceas, la eficacia de la cláusula prohibitiva de enajenar y la repercusión de la misma a través de su constancia en el Registro.

A) *Interpretación de la voluntad testamentaria*

Invoca la Dirección General en el considerando tercero el artículo 675 del Código Civil con su interpretación intencional y literal, agregando esa doctrina jurisprudencial que exige la comparación de las diferentes cláusulas testamentarias, relacionando unas con otras “a fin de que pueda observarse y cumplirse lo realmente querido por el causante”. Precisamente por esa relación de cláusulas es por lo que debe admitirse la existencia de una prohibición de enajenar expresa a fin de que se dé cumplimiento a ese destino que la testadora pretende que tenga la finca o lugar llamado “Somalo”. Es evidente que para que pueda cumplir el al-

bacea su función hay que otorgarle facultades, aparte de las legales, pero pretender que por esa concesión de facultades éstas sean tan amplias como para burlar la intención de la testadora, es lo mismo que entender que partiendo de la prohibición de disponer se pueden eliminar las facultades que se le otorgan al albacea para vender. El sentido lógico literal, e intencional, aconseja pensar que si bien al albacea se le otorgaron facultades de venta en la cláusula 8.^a, su poder quedaba limitado en cuanto a los derechos finca. Sbmalo sobre la que la testadora había impuesto la prohibición, Regla general y excepción. A pesar de las alegaciones del Notario, en este punto, la Dirección General encauza perfectamente el problema en la forma dicha, relación a todo, incluso las cláusulas dichas y haciendo caso omiso de esa objeción notarial sobre qué ha de entenderse por "hoy" palabra empleada por la testadora al redactar la cláusula 5.^a Objeto de la prohibición.

Algunas soluciones favorables a la existencia de una prohibición de disponer, constatada y vigente en el Registro, la Dirección se pronuncia sobre su eficacia, estimando inadmisibles las ventas y segregaciones posteriores realizadas. Realmente no se pronuncia en estos términos la Dirección, sino que, para evitar entrar en el problema planteado por el Notario, de que al tratarse de una prohibición de disponer de carácter perpetuo no puede tener eficacia vinculante, conforme al artículo 785, 2º del Código Civil, estima que extendido el asiento y mientras no se declare su inexactitud, de conformidad con el artículo 1.º 3º de la Ley Hipotecaria, el asiento se halla salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos.

¿Había o no una prohibición perpetua de enajenar? Si la había, por supuesto, el Registrador debió denegar el acceso de la misma a los libros del Registro. Para la Dirección General es evidente que la prohibición de disponer era válida y no trascendía de los límites del artículo 785, 2º, en

relación con el 781 del Código Civil, ya que, el llamamiento en nuda propiedad y el retroceso de la constitución de una Fundación, cuando se produjese la consolidación del dominio, hacen que, solamente podría empezar a hablarse de ineficacia a partir del segundo grado, o bien una vez constituida la Fundación, situación no producida. Para llegar a esta cons-

titución era precisa la prohibición de enajenar y la consolidación del usufructo en la nuda propiedad.

C) Poderes temporales del albacea. Interesante es mencionar el acuerdo de una vez cumplidos los plazos de vigencia del cargo lo ilas, prórogas que se le concedan, terminando la función del cargo, conforme el artículo 910 del Código Civil, a Batruzo Benito o Sancho Rebullido (Derecho de sucesiones, tomo I, Barcelona, 1970, pág. 779) citan una Sentencia del Tribunal Supremo que viene a confirmar lo dicho por el Código Civil, el transcurso del plazo extingue el albaceaengo automáticamente aunque el albacea, no haya terminado su gestión (Sentencia 3 de febrero de 1966). El albacea, en este caso, "no había terminado su gestión", pues para dar

cumplimiento a lo que disponía la cláusula undécima, referente a la entrega de legados e institución de herederos con adjudicación de bienes libres de cargas, gastos e impuestos, realizó esas escrituras de venta que no pudieron tener acceso al Registro por la existencia de la prohibición de disponer.

Pero esta actuación del albacea, que no había terminado su gestión, la realizó "dentro del plazo legal y sin agotar siquiera la prórroga que la testadora había establecido". Es decir, aun cuando se hubiera formalizado la escritura particional y aun cuando los herederos aprueben las operaciones divisorias y tomen posesión de los bienes del caudal hereditario, el albacea puede seguir actuando, dentro de plazo, si hay pendiente la realización de algún extremo del testamento.

De si el albacea procedió bien o mal al enajenar los bienes o parte de los bienes afectados por la prohibición de enajenar, es cuestión que el Notario recurrente destaca en su apelación, pues dice que el momento coyuntural aconsejaba vender dichos bienes y no las acciones y valores que existían en la herencia. La Dirección General únicamente se refiere a la adjudicación en nuda propiedad de las fincas de Somalo, sin que para el pago de gastos e impuestos de testamentaría se venciese ninguno de los inmuebles que forman parte del mismo, por entender los albaceas "que al existir otro tipo de bienes tanto muebles como inmuebles" era a éstos a los que primeramente habría que acudir y, en su caso enajenar, para cumplir con la reserva hecha en el apartado XII de la escritura y sólo en último término a los que constituyan la finca de Somalo, afecta a la prohibición de disponer. Con ello indirectamente se razona la oposición del Notario recurrente.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Cláusula “valor oro” de la renta en un arrendamiento de local de negocio regido por la L.A.U. de 1946

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
del 27 de febrero de 1974)*

SUMARIO: 1. El caso de autos y las sentencias dictadas por los Tribunales.— 2. Planteamiento crítico de la Sentencia del Tribunal Supremo.—3. El alcance de los “beneficios” otorgados por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 a los arrendatarios.—4. Los diversos supuestos contemplados por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 en cuanto al bloqueo de la renta.—5. La doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a las cláusulas de estabilización sobre la renta en los arrendamientos de locales de negocio.

1. EL CASO DE AUTOS Y LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LOS TRIBUNALES

Una sociedad, que compra unos locales de negocio, se subroga como arrendador en el contrato de arrendamiento de uno de los locales que había sido celebrado el 31 de diciembre de 1953. En dicho contrato de arrendamiento, las partes habían pactado una cláusula sobre las modalidades de la renta que, inicialmente, se fijaba en tres mil quinientas pesetas mensuales; no obstante, se añadía: “La cantidad fijada en el pacto segundo lo=ha sido en atención al valor adquisitivo actual de la peseta, por lo que podrá revisarse cada dos años, en más o en menos, siempre que el valor del oro sufriera una oscilación superior al diez por ciento”.

Transcurre el tiempo sin que se haga uso de dicha cláusula hasta el año 1966, en que el nuevo propietario del local de negocio, ante las fuertes alteraciones monetarias, se decide a aplicar dicha cláusula contractual, para lo cual acude al Juzgado de Primera Instancia y presenta la correspondiente demanda con objeto de adecuar o actualizar, según la revisión pactada, la renta del arrendamiento correspondiente a su local de negocio.

El Juez de Primera Instancia, visto el caso, dicta Sentencia con fecha 23 de septiembre de 1972 y declara la validez y eficacia de la cláusula prevista en el contrato de arrendamiento de dicho local de negocio. El arrendatario no conforme con esta decisión apela a la Audiencia Territorial correspondiente, que dicta Sentencia con fecha de 12 de julio de 1973, confirmando la del Juzgado.

toria ante el Tribunal Supremo, el cual declara haber lugar al recurso de injusticia notoria y anula la sentencia de la sala de lo civil de la Audiencia Territorial, con arreglo a los siguientes razonamientos:

"CONSIDERANDO: Que por el presente recurso se tiende, en primer lugar, a atacar la validez de la que en la recurrida sentencia se ha calificado de cláusula de estabilización valor oro, que aparece en adicional de las del contrato de arrendamiento del local de autos, convenido en 31 de diciembre de 1953..."

"CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, por la vía de la causa tercera del artículo ciento treinta y seis de la LAU, denuncia la violación de la doctrina legal que declara la nulidad de las cláusulas de estabilización en materia de arrendamientos urbanos, enunciado en términos tan absolutos, que por sí habría de ser desestimado, pues, contrariamente a lo mismo, la doctrina de esta Sala tiene reconocida su validez, concurriendo determinados requisitos: fecha de su estipulación anterior o posterior a la Ley de trece de abril de mil novecientos cincuenta y seis, y atemperamiento a las oscilaciones que sufra el coste de la vida en general o en relación a determinados aspectos, de tal modo que se prevea, tanto la posibilidad de un aumento como la de una reducción del primitivo precio; mas en los términos relativos, en que cabe entender formulado dicho motivo, conforme a su desarrollo, el problema se centra en relación al tiempo en que dicha cláusula aparece concertada, que lo fue, como ya quedó señalado, en 31 de diciembre de 1953, y consecuentemente vigente la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, sancionadora de un rígido sistema nominalista con carácter de "ius cogens", y por ello determinante de la nulidad de tal cláusula a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil, por ser contraria a lo establecido en dicha Ley, respecto a la renta de los contratos de arrendamiento, en cuyo sentido la doctrina de esta Sala venía declarando tal nulidad: Sentencias de 25 de enero de 1955, 3 de marzo de 1962, 30 de octubre de 1964, 4 de febrero de 1967 y 7 de julio de 1972, y por tanto de imposible sanción ni confirmación, extremos éstos a que se refiere el segundo de los motivos, y al no entenderlo de una y otra forma el Juzgado de Instancia, es claro que incidió en su sentencia, en los vicios que se denuncian en este primer motivo y en el segundo, que, por tanto, ha de ser estimado, haciendo innecesario conocer el último; estimación, de estos dos motivos, que ha de suponer la nulidad de la sentencia recurrida..."

2. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es indudable, como dijo el profesor BETTI, que un Tribunal Supremo, o de casación, no es una tercera instancia, sino un poder crítico. Ahora bien, esta crítica, al fundamento legal y jurisprudencial que aplican las instancias inferiores, debe ser seriamente ejercida y debidamente compulsada, sobre todo si sus fundamentos son los del propio Tribunal superior para casos análogos.

En la actual Sentencia esa crítica se ejerce a base de un principio gene-

ral deducido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, pero que no aparece recogido de una manera concreta en alguna de sus disposiciones específicas. Cuando se dice que esta LAU es "sancionadora de un rígido sistema nominalista con carácter de *ius cogens*, y por ello determinante de la nulidad de tal cláusula", no aparece el precepto donde se haya admitido dicho principio nominalista, que, por lo demás, tampoco es recogido expresamente por el ordenamiento común. Si algo ha puesto de relieve la doctrina española, científica y jurisprudencial es que el principio o sistema nominalista monetario no está establecido en nuestra legislación positiva, ni expresa, ni preceptivamente (1); todo lo contrario, el principio nominalista del dinero tan sólo se entiende o aprecia en nuestras normas de una manera implícita (artículo 312 del Código de Comercio) y, sobre todo, de un modo facultativo (artículo 1.170, párrafo primero del Código civil), por lo que no es establecido como *ius cogens*.

Si en esta ocasión el Tribunal Supremo ha querido entender e imponernos un rígido sistema nominalista a base de las normas que establece la LAU de 1946 para el bloqueo de la renta, en ciertos casos, habrá que concretar tales casos o supuestos, ya que no fue dispuesto como norma general y si de un modo particularizado para las viviendas, pudiendo exceptuarse, precisamente, para los locales de negocio, según vamos a ver, y diversificando una compleja gama de situaciones arrendaticias según la fecha de contratación del arrendamiento. Por tanto, no se trata de la imposición de un "sistema nominalista", sino de un bloqueo parcial de precios o rentas dentro del régimen de la propia LAU de 1946 y sí, singularmente, de establecer un "beneficio" sobre la renta, reconocido legalmente, e, incluso renunciable (artículo 11 de la LAU 1946), concretamente tratándose de locales de negocio. Si a ello añadimos que la cita de las sentencias alegadas por el propio Tribunal Supremo es improcedente, porque dicen lo contrario a lo que se pretende sentenciar, el examen de esta sentencia nos parece plenamente justificado para advertir el error y la injusticia del caso juzgado.

3. EL ALCANCE DE LOS "BENEFICIOS" OTORGADOS POR LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946 A LOS ARRENDATARIOS

En la breve y antecedente historia de nuestra legislación extravagante arrendaticia son ya acontecimientos conocidos las causas derivadas de nuestro conflicto bélico de 1936, por las que la carestía de viviendas y locales tuvieron como consecuencia el normar una serie de relaciones jurídicas, como las locaticias, donde se encontraban e interferían una serie de intereses y de situaciones verdaderamente conflictivas. De aquí que esta legislación surgiera con un signo coyuntural muy marcado en este aspecto jurídico, sino también

(1) En nuestra doctrina han sido los profesores GARRIGUES y HERNÁNDEZ-GIL quienes han tratado la cuestión concretamente, cfr. mi estudio: *Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre el pago de las deudas de dinero*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIV-4 (1971), páginas 1.085 y siguientes.

con un profundo signo social en cuanto que trataba de proteger la situación de un estamento de personas, los arrendatarios, que se consideraban como económicamente débiles y a las que se les concedía una serie de llamados "beneficios". Tales "beneficios" fueron —y siguen siendo—, fundamentalmente, si bien con distintos matices, el beneficio de la prórroga obligatoria, o forzosa, y el beneficio de la renta legal legal, o bloqueada.

Sin embargo, este último beneficio de la renta resulta muy matizado en dicho cuerpo legal especial de 1946, por lo que, cuando ha de aplicarse, deberá ser tratado con sumo cuidado en relación a la serie de distinciones y precisiones a que da lugar según las diversas situaciones jurídicas previstas por el propio legislador, ya preceptiva o facultativamente para las partes contratantes. Al enfrentarnos con uno de aquellos casos concretos y distinto de los demás, no se puede adoptar un criterio simplista, ni genérico, y se debe estar dispuesto a aplicar la norma concreta que lo regula o la excepcional que lo cualifica.

Así, cuando el capítulo II de la LAU de 1946, bajo el título "naturaleza de los derechos que concede que concede esta Ley", establece el artículo 11, se distinguen en él dos situaciones completamente diferenciadas: a) La que se refiere a "los beneficios en que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y a los subarrendatarios de las mismas, serán irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier stipulación que los contradiga", y b) La que establece que: "Serán, en cambio, renunciables los que confiere al arrendador, lo sea de local de negocio o de vivienda y a los arrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario".

Son, pues, dos situaciones en que la relación arrendaticia aparece claramente diferenciada, tanto por el objeto ("viviendas" o "locales de negocio"), como por la naturaleza de la norma (dispositiva, para las viviendas, facultativa, para los locales de negocio). Resulta, pues, que las viviendas gozan del principio general de la irrenunciabilidad de su beneficio sobre la renta; ni arrendador, ni arrendatario pueden oponerse o desconocer este mandato legal preceptivo, cuya infracción acarrea la pena de nulidad. Es más, la conciencia imperativa de esta norma hizo que ante el Tribunal Supremo ningún arrendador reclamase la eficacia de un pacto estabilizador de la renta. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ahora, pretende deducir todo un "sistema nominalista con carácter de *ius cogens*", cosa muy distinta, pues se olvida de la existencia del supuesto contenido en el artículo 11, es decir, el que hemos señalado con la letra b), cuando el arrendador y el arrendatario de un local de negocio pueden renunciar a su beneficio de la renta. Aquí se trata de una norma de carácter facultativo por la que el legislador deja a la voluntad de las partes que se acojan, o no, al beneficio concedido, o sea, que puedan derogar aquel sistema mal llamado nominalista y que es de simple bloqueo de precios o rentas.

La consecuencia más importante de la posibilidad de que arrendador y arrendatario puedan renunciar al beneficio de la renta legal o bloqueada de un local de negocio es cuando ellos mismos hubiesen establecido una cláu-

sula de estabilización de la renta misma. El hecho de que no se quiera una renta fija y bloqueada, sino adecuada al valor de un índice, como es el precio del oro, quiere decir que al pactarlo así, arrendador y arrendatario de un local de negocio habían renunciado al beneficio de la renta legal. Además, éste es el sentido que el propio Tribunal Supremo vino entendiendo e interpretando para dichas cláusulas añadidas a otros contratos (SS. 23 diciembre 1942, 4 julio 1944, 15 junio 1946, 22 marzo 1947, 4 enero 1951, 28 noviembre 1957, 22 diciembre 1961).

Resulta, así, que al poder establecer una renta estabilizada, con arreglo al valor del oro, en su arrendamiento de local de negocio, las partes se han acogido a la excepción que les ofrece el párrafo segundo del artículo 11 de la LAU de 1946, siendo plenamente válida, tal como había declarado el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial en la actual Sentencia.

4. LOS DIVERSOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS POR LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1946 EN CUANTO AL BLOQUEO DE LA RENTA

Según vamos a ver, en LAU de 1946, la renta fue objeto de diversos matices, tal como puede comprobarse en su capítulo noveno, al establecer y determinar las posibilidades de su cuantía y revisión, fundamentalmente, debido al carácter imperativo o facultativo de sus normas y, también, por la diversificación que hace del objeto sobre que recae el contrato de arrendamiento, si es vivienda o local de negocio. Otro matiz de carácter coyuntural que también va a influir de manera decisiva sobre el establecimiento de la renta será el de la fecha de su contratación, el tiempo para que es contratado o de su período de prórroga, con anterioridad o posterioridad al 18 de julio de 1936 y al de la propia normativa especial.

Así, un primer caso es el de aquellas viviendas o locales de negocio que fueron construidas y habitadas por primera vez antes de 18 de julio de 1936. En este caso, el artículo 120 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 mantiene la libre autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta, por lo que si hubiesen pactado una cláusula de estabilización, del tipo que fuere ("valor oro o plata", "valor moneda extranjera", de "escala móvil", etc.), respeta sus efectos, pues se dice: "Cuando por voluntad expresa o tácitamente manifestada, la renta que pagare el arrendatario de vivienda o local de negocio construido o habitado por primera vez antes del 18 de julio de 1936, constituya mayor cantidad de la que resultare después de aplicar la escala del artículo 118, la que viniere satisfaciendo se reputará válida, sea cual fuere la que legalmente corresponda; pero el arrendador no podrá recargar la que perciba con dichos porcentajes de incremento. La elevación así consentida o pactada obligará tanto a los continuadores del arrendamiento como al nuevo titular, sin perjuicio del derecho de éste a revisarla dentro de los tres meses siguientes a la celebración del contrato, de sospechar simulación". Efectivamente, el propio Tribunal Supremo tuvo ocasión de considerar un caso comprendido en este supuesto en su Sentencia de 28

de noviembre de 1957 (2) y admitió la cláusula "valor oro y plata" pactada para un local de negocio.

Un segundo caso que debe tenerse en cuenta dentro de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 es el de las viviendas o locales de negocio que fueron construidos u ocupados por primera vez después del 17 de julio de 1936 y antes del 2 de enero de 1942. Aquí, el legislador se muestra más intransigente y bloquea la cuantía de la renta convenida "para el momento inicial". No obstante, caben dos interpretaciones: una primera, de entender como válida una cláusula estabilizadora puesto que la cuantía de la renta, aunque se altere con posterioridad, es la convenida en el momento inicial, pues inicialmente así la han considerado y previsto; ahora bien, si se entiende que la renta pactada para el momento inicial es la renta base sobre la que operará el valor del índice elegido, habrá que entender que ésta es la cuantía que resulta bloqueada, sin que puedan surtir efecto las posteriores alteraciones de dicha cuantía de la renta. Lo que no puede entenderse es que sea nula dicha cláusula, como trata de hacer el Tribunal Supremo para la sentencia actual que comentamos, por la sencilla razón de que cuando el legislador establece esta norma es en el año 1946, después que las partes habían celebrado su arrendamiento; cuando las partes llevan a cabo su contrato no existe ninguna prohibición ni precepto que vulneran, ya que se trata del período que comprenden los años 1936 a 1942; por tanto, la cláusula contenida en su contrato no iba contra lo dispuesto en las leyes de entonces y no puede declararse como nula, antes bien, se acogían al principio de autonomía de la voluntad proclamado por el artículo 1.255 del Código civil. Otra cosa es que, con posterioridad a 1946, por mandato de la LAU, la cuantía de la renta no pueda ser elevada bajo algún pretexto, tal como se dice en su artículo 121; esto supone un mandato de bloqueo, pero no una sanción de nulidad; entenderlo de otro modo sería castigar la buena fe de las partes que con anterioridad obraron conforme a ley; llegar una retroactividad sancionadora como hace la Sentencia actual, resulta infíco. Otra cuestión es si los derechos adquiridos legalmente por las partes tienen su efectividad o no para el futuro; ante la nueva situación legal de 1946, los contratos pactados anteriormente simplemente dejarán de tener efecto en cuanto a la elevación de la renta se refiere y nada más. Insistimos en que ante la existencia de estas cláusulas estabilizadoras, de un pacto de revisión de la renta o ya a través del incremento legal del artículo 118, que también se rechaza para los arrendamientos de este período, por el propio art. 121 de la LAU de 1946, no supone ni se concreta en ninguna sanción de nulidad, ya que otro criterio interpretativo supondría castigar la buena fe antecedente de las partes y mantener una retroactividad que nunca se estableció, según dejamos dicho. Normas posteriores podrán reconocer o rechazar los derechos adquiridos por las partes en sus contratos válidamente celebrados anteriormente; lo que jamás pueden hacer es de tacharlos de ilícitos o nulos, cuando la norma imperativa

(2) Cfr. BONET CORREA, *El arrendamiento de un local de negocio con renta pactada en "moneda oro o plata"*, en "Revista de Derecho Notarial", LI (1966), pp. 195 y ss.; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendatario urbano*, en "Derecho vivo. Jurisprudencia comentada", I (Mad.id. 1970), p. 407.

es posterior al pacto antecedente y, sobre todo, cuando la actual normativa ha restaurado la situación legal antecedente.

Todavía existe un tercer caso a considerar en la LAU de 1946: el de la cuantía de la renta de las viviendas o locales de negocio que se hubiesen pactado cuando habían sido construidos u ocupados por primera vez después del 1 de enero de 1942. Para esta situación concreta, que abarca el período comprendido entre los años 1942 a 1946, el año de entrada en vigor de esta ley locaticia, el legislador respeta a las partes su plena autonomía en cuanto a la renta acordada, si bien matiza que ni los porcentajes legales de incremento (art. 118), ni la merced pactada en el "primer contrato" "podrá ser elevada bajo ningún pretexto" (art. 122). Aquí nos volvemos a encontrar con la doble posición interpretativa que advertíamos anteriormente, pues las cláusulas de estabilización que las partes hubiesen podido añadir se hacen siempre en el "primer contrato"; ahora bien, que la merced pactada no pueda ser elevada bajo ningún pretexto nos indica la voluntad de bloqueo del legislador, pero nunca de nulidad, que no se dice, pues las partes que en ese período de años (1942 a 1946) hubieran pactado una revisión de la renta, tampoco tenían una norma que se lo prohibiese; por eso, repetimos, el legislador no puede sancionar a las partes que en el momento de su contratación actuaron lícita y legalmente.

Por último, el cuarto caso que se plantea en la LAU de 1946: cuando las partes, vigente dicha Ley, pactan una cláusula de estabilización. El supuesto, ni es considerado por la Ley, ni creo haya estado en la mente del legislador de entonces; la preocupación de este último se ponía en las viviendas y sus arriendos anteriores para que no hubiese una subida de esos alquileres, pues según declaraba en la exposición de motivos, "para que fuera acorde con la general habida en España desde aquella fecha, alcanzaría cifras que no consiente la actual situación económica de sus numerosísimos inquilinos". Por otra parte, era consciente el legislador de excitar la construcción, promoverla y animarla; por eso, para las nuevas construcciones, se mantiene el régimen de libertad de renta, "si bien evitando el abuso de derecho —dice— y la ilimitada alza de sus alquileres".

Resulta, pues, que debe distinguirse si se trata de vivienda o de locales de negocios: para las primeras, el bloqueo de la renta aparece claro, tanto si son antiguas como de nueva construcción, puesto que la renta que libremente se estipule por el primer ocupante y la merced pactada en el primer contrato no podrá ser elevada bajo ningún pretexto; además, según el artículo 128, "fuera de los casos en que este capítulo lo autoriza, se reputará ilícita cualquier elevación de renta que realice el arrendador", unilateralmente, se entiende. Para los locales de negocio, en cambio, el legislador de 1946 adopta un criterio más liberal, "por no ser evidente —dice— que el sacrificio, aparte de ser perfectamente tolerable para sus arrendatarios, encuentra compensación en las ventajas que les reconoce la Ley"; su reflejo concreto es la posibilidad de renunciar al beneficio de la renta (art. 11) y considerar la posibilidad de validez de una cláusula estabilizadora (3).

(3) Así lo entiende entonces CERRILLO QUÍLEZ, *La renta. II. Cláusula "pago oro" en el arrendamiento urbano*. Barcelona, s. a. [1956], p. 21.

Del mismo modo se consideró válida una cláusula "valor oro o plata" de un contrato de arrendamiento de local de negocio regido por la LAU de 1946, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1957, si bien se había pactado con anterioridad a su entrada en vigor, por entender que dicha cláusula no implicaba un "aumento", sino una "estabilización".

5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN CUANTO A LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION SOBRE LA RENTA EN LOCALES DE NEGOCIO

Otro de los extremos en que incurre esta Sentencia de 27 de febrero de 1974, respecto a las cláusulas de estabilización, es decir de ellas que: "La doctrina de esta Sala venía declarando tal nulidad: Sentencias de 25 de enero de 1955, 3 de marzo de 1962, 30 de octubre de 1964, 4 de febrero de 1967 y 7 de julio de 1972".

El error en que cae esta Sentencia es plenamente manifiesto, pues basta compársar tales Sentencias de 1964, 1967 y 1972 (4) para comprobar que no establecen tal nulidad, sino todo lo contrario, que declaran la validez de las cláusulas de estabilización pactadas en arrendamientos de locales de negocio. Con tales sentencias es imposible hacer el juicio de que constituyen la aludida doctrina de la Sala.

Respecto a las otras dos Sentencias de 1955 y 1962, si bien declaran la nulidad de sus cláusulas contrariales, es necesario puntualizar que la Sentencia de 25 de enero de 1955, al declarar la nulidad de la cláusula no lo hacia porque se tratase de una cláusula de estabilización, sino porque era una mera cláusula unilateral de elevación de la renta, pues se trataba de aumentar el precio del arrendamiento proporcionalmente al "aumento" total que haya sufrido el precio del pan; por tanto era una cláusula de elevación de renta distinta y que, con justicia, el Tribunal Supremo las viene declarando en otros casos como nulas (SS. 23 febrero 1963, 17 junio 1964, 12 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 3 octubre 1968, 7 febrero y 21 diciembre 1970, 18 febrero y 24 junio 1971, 21 abril y 20 diciembre 1972, 23 abril y 16 junio 1973 y 9 febrero 1974). La nulidad de las cláusulas de elevación de renta, sí que constituye doctrina de la Sala, pero no en cuanto a las "cláusulas de estabilización", concretamente por las razones puestas de relieve por las SS. 1 de abril de 1965, 7 de febrero y 21 de diciembre de 1970, así como las de 18 de febrero y 24 de junio de 1971.

En cuanto a la Sentencia de 3 de marzo de 1962 es la única que declara la nulidad de una "cláusula de escala móvil" (se pactó que "el precio se fija en el valor de 203 horas de trabajo de un peón especializado en el ramo de la construcción") por considerar la renta como legal e inalterable según lo dispuesto, no en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, sino en base al artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956. Ademas, la

(4) Véase mi obra: *Arrendamientos urbanos con renta actualizada (cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo)*. Pamplona. 1974.

razón de la nulidad era evitar en aquel momento una doble alza de la renta, ya que el artículo 100 de la LAU de 1956 había permitido su revalorización legal cada cuatro años, lo que hizo considerar—según se constata—que ya había ocurrido una equiparación en las contraprestaciones de las partes. Por tanto, esta única sentencia, referida a otro ordenamiento, tampoco sienta doctrina de la Sala.

Es más, la única Sentencia del Tribunal Supremo que se dicta conforme a la LAU de 1946 es la de 28 de noviembre de 1957 e, igualmente, para el caso de una "cláusula valor oro o plata". En ella se declara la validez de esta cláusula estabilizadora y se afirma todo lo contrario de la de ahora, proclamando que "no hay precepto que declare su nulidad" en la LAU de 1946 y que "no hay precepto que prohíba su establecimiento"; además, que "la cláusula no significa aumento, sino estabilización", ya que cabe una baja o un alza de la renta y porque "no es contraria a los principios de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 (art. 118)".

En resumen, que pretender decir actualmente, como lo hace la actual Sentencia de 27 de febrero de 1974, que la cláusula contractual del arrendamiento de un local de negocio pactado bajo la vigencia de la LAU de 1946 nació como nula y, por tanto, de "imposible sanación", es contradictorio sin que constituya doctrina legal de la Sala.

Todavía, un último argumento de fondo: ¿Cómo es posible que se le niegue actualmente a un acreedor de dinero, como es un arrendador, una nivelación o equivalencia en el contenido del poder adquisitivo de su prestación a recibir como compensación al uso que cede de un local de negocio enormemente revalorizado (desde 1953 y 1975 la revalorización de estos locales es hasta de un 300 por 100)? Si de la inflación son responsables los propios poderes del Estado, en su mayor parte, corresponde al poder judicial por su misma función correctora de justicia tratar de hacer equidad en las situaciones particulares. Cuando las tasas de inflación llegan a un 18 por 100 declarado en el espacio de un año, como sucede para el de 1974, no cabe o no deben esgrimirse argumentos generalizados y erróneos como el de que la LAU de 1946 es "sancionadora de un rígido sistema nominalista con carácter de *ius cogens*", argumento cómodo, *obiter dicta*, con el que se exime de entrar en la auténtica casuística de la LAU de 1946 y de practicar una justicia conmutativa y distributiva.

JOSÉ BONET CORREA

II. SENTENCIAS

A cargo de BARBA DE VEGA, BAYLOS, CADARSO PALAU, DIEZ DEL CORRAL, DAVAL DE MATEO, GALAN CORONA, GARCIA CANTERO, DE LAS HERAS LORENZO, MARTIN, QUINTANA CARLO, PERE RALUY.

I. DERECHO CIVIL

4. Obligaciones y contratos

1. NATURALEZA ACCIÓN: “*TRADITIO FICTA: La realización de la venta por medio de escritura es bastante para ejercitar la acción reivindicatoria respecto de un terreno identificado como integrante del objeto del contrato.*

LÍMITES A LA IMPUGNACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1.462: Sólo será posible tal impugnación cuando de la misma escritura resultare o se dedujere claramente lo contrario y no sea el propio vendedor el que la impugne, a no mediar, sin perjuicio de tercero, pacto expreso en que el vendedor, simultáneamente a la escritura, se reserve la posesión de todo o parte de lo vendido.

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Debe respetarse la interpretación de instancia siempre que no sea desproporcionada.*

VENTA DE CUERPO CIERTO: *La determinación en la escritura de venta de límites, longitudes, ángulos... delimita el “cuerpo cierto” a los efectos del artículo 1.471, aunque sólo dos de los linderos permanezcan fijos.* (Sentencia 18 abril 1974; no ha lugar.)

Ayuntamiento de León vende legalmente a “Inmobiliaria de Espectáculos, S. A.”, un terreno para construir plaza de toros; se otorga escritura que describe linderos, pero adolece de error en la cabida. Actos posteriores del Ayuntamiento afirmando dominio sobre parte no edificada del terreno vendido.

2. EL PAPEL DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN MATERIA CONTRACTUAL: *La voluntad, que es la creadora del contrato, constituye verdaderamente la esencia, el principio activo y generador, pudiendo no sólo engendrar negocios jurídicos, en los límites y bajo las condiciones que le asigna el Derecho positivo, sino configurarlos; tales negocios penetran así en el mundo del Derecho, no solamente “porque” han sido, sino “cómo lo han sido”. Si surgen dificultades de interpretación, el Juez no se dirigirá, para declarar el derecho, a las reglas objetivas, superiores a las voluntades individuales, sino que deberá indagar la voluntad de los autores del negocio, la que dictará la solución del litigio. Las formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adap-*

tarse al contenido económico que, para el tráfico de bienes se propone llevar a cabo la voluntad de los contratantes. A facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la Ley o por la teoría, a la variedad de deseos y necesidades que pueden presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del C. c., que proclama el principio de la autonomía de la voluntad, completado por los artículos 1.091, 1.281 y 1.282 del propio Código.

CONTRATOS MIXTOS: Una de las manifestaciones de la adaptación de las formas contractuales, al contenido económico que se propone la voluntad de las partes, es la posibilidad de fusión de dos figuras contractuales, de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, pero que también pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un sólo contrato mixto por la unidad de fin; no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las reciprocas prestaciones o promesas, causa para cada uno de ellos en los onerosos, según el artículo 1.274 del C. c.

OPCIÓN DE COMPRA: La opción de compra obliga al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el transcurso del plazo pactado y a realizar la venta a favor del aceptante, si éste usa dentro del plazo su derecho de opción, por lo que, es generalmente, de naturaleza unilateral, salvo que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga. No se halla regulada específicamente en el C. c., sino sometida a las disposiciones generales que acerca de las obligaciones y contratos se contienen en el C. c. en relación con las que regulan la materia o derecho sobre que la opción recae, lo que demuestra la imposibilidad de someterla a normas que no convienen a su esencia. Su perfección depende, de modo exclusivo, de la aceptación del optante que, realizada dentro del plazo establecido, constituye al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las reciprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después. Las partes pueden configurar el contrato de opción en aras del principio de la autonomía de la voluntad con toda la amplitud que estimen necesaria, siempre que no rebasen los límites preceptivos de las Leyes, la Moral y el Orden Público, siendo nulos los actos realizados contra lo ordenado en las leyes preceptivas, tanto que no ocurrirían porque el optante entre en posesión de la finca antes de haber transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción, sobre todo cuando para concederle este derecho se ha pactado un canon de mantenimiento de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, por lo que este desplazamiento posesorio, válido como pacto accesorio, ha de seguir la suerte del precontrato de opción de compra y no puede considerarse válido independiente (Sentencia 21 octubre 1974, ha lugar).
3. SOCIEDAD IRREGULAR; ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO; RÉGIMEN ORDINARIO; LEGITIMACIÓN PASIVA; Existe entre los demandados, vínculos societarios—sociedad civil para almacenaje y venta al por mayor de mercería, poniendo en común dinero, bienes y industria, con ánimo de ganancia entre si las ganancias—, no resulta correcta la llamada individual al proceso de los demandados, por parte del actor, primero reconociente de la existencia de

semejante situación social, por irregular que aparezca, por lo que en tránsito de promover juicio resolutorio del arrendamiento concertado con la sociedad no le era dado más que dirigirse procesalmente contra la misma, y si bien venía forzado a la designación nominativa de los miembros integrantes de aquélla, dada la irregularidad, no podía soslayar la cualidad de representantes de la sociedad vigente y admitida, con cuyo carácter habían de ser convocados a juicio.” (Sentencia 22 octubre 1973; no ha lugar.)

4. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Aparte de que el motivo involucra este error con el de derecho, lo que por falta de precisión y claridad lo haría ya inviable, la sentencia penal invocada, que declaró la nulidad de un préstamo usurario, no es, según reiterada doctrina de esta Sala, documento auténtico a efectos de la casación, llegando a contrarrestar la estimación que haga en virtud del conjunto de la prueba el Tribunal de esta última jurisdicción.*

NULIDAD DE PRÉSTAMO USURARIO: SUS CONSECUENCIAS RESPECTO DE OTRAS CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA: *Sin perjuicio de la nulidad del contrato de préstamo, no estimada falsa la escritura en que fue concertado, tienen que surtir efecto las cláusulas que aparte de la constitución del crédito se consignaron en ella, y entre tales la de sumisión a determinado Tribunal.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: CUESTIÓN NUEVA: *Ha de rechazarse en casación esta excepción, pues para nada se trató en la contestación ni en la dúplica y sólo se hizo una simple referencia a la sentencia penal anterior.*

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN VÍA CIVIL Y SENTENCIA PENAL ANTERIOR: *No cabe tal excepción cuando se trata de jurisdicción distinta y la causa de pedir es diferente: en lo criminal se pide el castigo de una conducta y en lo civil se solicita el reintegro de la cantidad realmente entregada en el préstamo usurario, para que no haya un enriquecimiento injusto por parte del prestatario.* (Sentencia 14 marzo 1974; no ha lugar.)

5. SERVIDUMBRES: VALOR DE LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES: *Tiene que decayer el recurso que parte del supuesto de que no existe servidumbre o de que ésta no se ha vulnerado, en contra de las afirmaciones registrales y afirmaciones de la sentencia no atacadas de manera eficaz.*

CONGRUENCIA: INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE NO HACER: *Planteada una demanda por haberse vulnerado una servidumbre de vistas con una construcción que priva de las vistas, y solicitada por el actor la demolición de lo construido, sin otra alternativa, la sentencia, para ser congruente, pudo acordar o no la demolición, pero no, variando los términos en que estaba planteado el litigio, sustituir la condena por una indemnización de daños y perjuicios. En las obligaciones de no hacer son aplicables los artículos 1.098 y 1.099 del C. c. y no el 1.101 y, en su virtud, si la obligación consiste en un no hacer y el deudor ejecuta lo que se le ha prohibido se decretará que se deshaga lo mal hecho.* (Sentencia 18 mayo 1970; no ha lugar.)

6. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES: NOVACIÓN POR SUBROGACIÓN: *El simple hecho de incluir en una cláusula contractual un*

caso totalmente distinto al previsto y acordado por los interesados, da lugar a la infracción del artículo 1.283 del C. c.

Al no haberse expresado en ninguno de los contratos la subrogación, al no ser ello factible por no ser presumible, sino que ha de ser establecida con claridad, se ha infringido por violación el artículo 1.209 del C. c.

SOCIEDAD ANÓNIMA: PERSONALIDAD DIFERENTE DE LA SOCIEDAD Y DEL SOCIO MAYORITARIO: *No obstante la cualidad de socios mayoritarios que ostentan las partes en sus respectivas sociedades, ello no impide que sigan teniendo su propia personalidad, inconfundible con la de la sociedad que representan.* (Sentencia 13 julio 1973; ha lugar.)

7. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: CONCEPTO DE "ESTRUCTURA": *Facultado el arrendatario por una cláusula del contrato a decorar el local "y modificar parte de él, pero no perdiendo la estructura del mismo" hay que entender que la palabra "estructura" se utiliza como sinónimo de configuración. Como tal se ha utilizado por la doctrina y la jurisprudencia y además, en el caso enjuiciado, tratándose de un bar de reciente construcción, sin estrenar, la autorización por la cláusula contractual, está más adecuada todavía en el sentido de configuración, cuando se autoriza al arrendatario a decorar (parte no esencial), "pero" (conjunción adversativa que denota diferencia u oposición entre la frase que antecede y la que se sigue) no perdiendo la estructura del mismo. En su virtud, no puede cambiar la disposición de elementos esenciales que modifiquen la disposición y estructura establecida por el dueño arrendador.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Si las palabras utilizadas en el contrato pueden tener distintas acepciones, deberán ser entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato. Es más conforme a la naturaleza del contrato de arriendo que se tenga en cuenta que las facultades normales del arrendatario son las del uso y no las relativas a la propiedad, lo que es razón para evitar interpretaciones extensivas.*

CLARIDAD U OBSURIDAD DEL CONTRATO: SUPUESTA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.281 DEL C. C.: *Mal puede hablarse de violación del artículo 1.281 del C. c. cuando el propio recurrente parte del supuesto de que se formula el recurso, porque la sentencia recurrida llega a la conclusión que establece, mediante la equivocada interpretación de la cláusula discutida, lo que equivale a decir, implícitamente, que los términos del contrato no son claros.* (Sentencia 16 octubre 1974; no ha lugar.)

8. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: CONCURRENCIA DE CULPAS: *No puede estimarse la concurrencia de culpas alegada, al permanecer inalterables como hechos probados, no combatidos en la vía adecuada, que el niño lesionado marchaba correctamente en bicicleta por su derecha y fue alcanzado por el parachoques de la máquina que sobresalía setenta centímetros por lado.*

ATROPELLO EN CAMINO CONTIGUO A VÍA FÉRREA: CORRESPONSABILIDAD DE PROPIETARIO Y ARRENDATARIO: *El hecho de que RENFE fuera propietaria del ramal férreo y del camino no exonera a la recurrente de las obligaciones que como arrendatario le incumbía ni de las consecuencias de una actuación imprudente de su personal.* (Sentencia 30 abril 1974; no ha lugar.)

Circulando correctamente por camino contiguo y paralelo a la vía del ferrocarril, la víctima fue arrollada al paso de una locomotora de vapor, propiedad de HUNOSA, conducida por personal dependiente de la misma. El ramal férreo donde ocurrió el siniestro era, igual que el camino paralelo, propiedad de RENFE, y estaba arrendado a HUNOSA. No existía valla ni protección alguna entre la vía férrea y el camino.

9. RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL: DAÑOS CAUSADOS POR INSECTICIDA CON OCASIÓN DE FUMIGACIÓN AÉREA: LA AVERÍA MECÁNICA NO EXCLUYE LA CULPA; NI LAS REVISIONES TÉCNICAS NO EFECTUADAS DIRECTAMENTE POR QUIEN HA DE MANEJAR EL MECANISMO: *A los efectos de la responsabilidad que establece el artículo 1.902 del Código civil, no queda exonerado el piloto de la aeronave por la circunstancia de que los daños se occasionaran como consecuencia de una avería, surgida cuando estaba utilizando el aparato insecticida, ni porque, con anterioridad a los mismos, se hubieran llevado a cabo en la avioneta las obligadas revisiones y contratado por la entidad propietaria personal idóneo para la vigilancia técnico-mecánica del motor y máquina fumigadora, pues quien había de manejar el indicado mecanismo debió revisarlo directamente y justificar en las actuaciones que estaba en las condiciones adecuadas para su uso, que tal es la diligencia exigible conforme al artículo 1.104 del Código civil y las más esenciales normas de la convivencia, la Moral y el Derecho.*

AUNQUE LEVE, ES CULPA BASTANTE A GENERAR RESPONSABILIDAD LA OMISIÓN DE AVISO AL PERJUDICADO DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO: *En todo caso, la falta de aviso al perjudicado por parte del demandado o persona enviada por él, de la descarga del plaguicida, efectuada en su finca, hizo incurrir a dicho señor en una omisión o modalidad de culpa, generadora de responsabilidad civil, puesto que aquélla, aun estando integrada por una leve omisión de diligencia, da lugar al nacimiento de la obligación reparatoria, como se desprende del artículo 1.089 del Código civil.* (Sentencia 13 marzo 1974; ha lugar.)

Como consecuencia de una avería sobrevenida en el mecanismo fumigador de la aeronave, que pilotaba el demandado, cuando realizaba un tratamiento fitosanitario en fincas extrañas a la del actor, se vio obligado a descargar la totalidad del líquido plaguicida que llevaba a bordo sobre una parcela del demandante, con lo cual, y por no poner el hecho en conocimiento inmediato del damnificado, se produjeron daños por envenenamiento del ganado lechero, a cuya explotación éste se dedicaba.

10. RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL: HUNDIMIENTO DE PARED MEDIA-NERA CON OCASIÓN DE TRABAJOS DE EXCAVACIÓN EN FINCA COLINDANTE: FALLAS DEL TERRENO: CULPA DEL ARQUITECTO: *El arquitecto no efectuó las cates necesarias para localizar la falla de quince centímetros causante del derrumbamiento, cuya existencia era previsible, y por ello hay base para estimar que no actuó con la diligencia que su cargo y la intervención en la obra le impónian, diligencia especial que, con arreglo a reiterada doctrina (SS. de 29 de marzo de 1966 y 22 de noviembre de 1971), no cabe confundir con la de un hombre cuidadoso, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las peculiares condiciones del terreno para evitar desplazamientos.*

REALIDAD Y CUANTÍA DE LOS DAÑOS: CUESTIÓN DE HECHO: *Es doctrina común*

a la responsabilidad civil extracontractual y a la contractual (entre otras, SS. de 12 de mayo de 1969 y 9 de febrero de 1974) que las cuestiones referentes a la existencia de los daños y perjuicios comprendidas la de la pérdida que se haya sufrido y la de la ganancia que se haya dejado de obtener, así como la concerniente a su importe o cuantía, son de puro hecho de apreciación soberana del juzgador de instancia sólo censurable por la vía del núm. 7.^º del artículo 1.692 LEC.

EXTINCIÓN, POR TRANSACCIÓN, DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRAContractUAL: RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS: *La pretendida extinción de la acción, a virtud de transacción, no alcanza al responsable que no fue parte en tal contrato, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.257, párrafo 1.^º, proposición 1.^a, del Código civil.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA YA RECONOCIDA: *No puede impugnar la personalidad o la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida.*

CAPACIDAD PROCESAL: MATERIA EXTRAÑA AL RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: *El extremo referente a la capacidad procesal, "stricto sensu", de la actora en materia extraña a este recurso y propia tan sólo del de casación por quebrantamiento de forma, a tenor del núm. 2.^º del artículo 1.693 LEC.*

CONDENA SOLIDARIA NO PEDIDA EN LA SÚPLICA DE LA DEMANDA: NO SUPONE INCONGRUENCIA: *No era estrictamente necesario que en la súplica de la demanda se pidiera expresamente la condena solidaria de los dos presuntos autores de los daños y perjuicios, si del cuerpo de la misma resultaba que a cada uno de ellos se le atribuía la íntegra responsabilidad por la totalidad de aquéllos, pues en tal caso aparecía implícitamente, pero con la suficiente claridad, el carácter solidario de las obligaciones reclamadas.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: EJERCICIO DE ACCIÓN EXTRAContractUAL E INVOCACIÓN DE AISLADOS PRECEPTOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: NO SUPONE EJERCICIO DE DOS ACCIONES ALTERNATIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL ENTRE LAS QUE LA SENTENCIA NO PUDIERA ELEGIR: ACLARACIÓN EN RÉPLICA: *Identificada en los hechos de la demanda una pretensión de indemnización de unos daños y perjuicios causados por actos extracontractuales, no basta para inducir a confusión la mera cita en los fundamentos de derecho de algunos aislados preceptos de nuestro Código civil relativos a las obligaciones contractuales, junto a las de los más que se refieren a las extracontractuales o que son comunes a ambas, confusión que, en el supuesto inadmitido de haberse producido, quedó totalmente desvanecido en el escrito de réplica, mediante la aclaración que se hizo al fijar concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, sin alterar la pretensión que era objeto principal del pleito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.548 LEC.*

CONFESIÓN EXTRAJUDICIAL: APRECIACIÓN: CAUCE DE IMPUGNACIÓN INADECUADO: *La confesión extrajudicial tiene la consideración de un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas para la prueba, y, en el supuesto de su estimación como tal en contra de su autor, no puede ser impugnada ni desvirtuada por el cauce del núm. 1.^º del artículo 1.692 LEC. (Sentencia 22 junio 1974; no ha lugar.)*

5. Derecho de familia

1. ALIMENTOS PROVISIONALES ENTRE CÓNYUGES: *El derecho de alimentos que con carácter reciproco para los cónyuges se establece en el artículo 143 del Código civil, constituye a su vez uno de los deberes que como efectos comunes del matrimonio se señalan en el artículo 56 del mismo, lo que hace incompatible la reclamación de aquel derecho por parte del cónyuge que voluntaria y unilateralmente deja el domicilio conyugal, fijado por el artículo 58; porque ello significaría permitir el incumplimiento de uno de sus deberes a quien individualmente exige uno de sus derechos; y ello supone también que es inaplicable normalmente la facultad de opción concedida en el artículo 149.*

ALIMENTOS PROVISIONALES ENTRE CÓNYUGES: *Esta normativa general sólo puede hacer excepción cuando exista una situación de separación legal de los cónyuges o cuando los esposos, de común acuerdo, convienen en una separación de hecho, o, finalmente, cuando medie un estorbo moral o legal que haga imposible la convivencia conyugal, supuesto éste que, de no haber coincidencia entre los cónyuges, tendrá que ser determinado por la autoridad judicial.*

ALIMENTOS PROVISIONALES ENTRE CÓNYUGES: *Ninguno de estos supuestos de excepción se da en el presente supuesto, ya que la esposa únicamente apoya su solicitud en que había sufrido una enfermedad oncológica, como consecuencia de la cual sufrió una operación quirúrgica que requería especiales cuidados dada su avanzada edad, que podría obtener mejor, al abandonar la clínica, en el domicilio de una de sus hijas, y no en él de su marido, de setenta y nueve años, que vivía en un piso sin calefacción central y asistido sólo por una servidora eventual, pues estos datos son, sin duda, subsanables y no pueden amparar legalmente la situación de separación y prestación de alimentos por el marido. (Sentencia 17 abril 1947; ha lugar.)*

2. DEFECTOS DEL RECURSO: *Aparte de su deficiente formulación, la cual por si sola es suficiente para la desestimación, deben rechazarse los motivos que se esgrimen amparados en el núm. 7º del artículo 1.692, pues aunque se deduzca que se refieren al concepto, no expresado, del error de derecho por interpretación errónea de preceptos valorativos de prueba, resulta que no tienen tal carácter valorativo en el precedente jurisprudencial ni los numerosos preceptos sustantivos que se citan.*

INTERPRETACIÓN DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES: DEFECTOS DEL RECURSO: *Han de decaer los motivos que denuncian la interpretación errónea de las capitulaciones, puesto que ninguno de los numerosos artículos que se mencionan se refieren a la interpretación de los actos o contratos, sino que parten de que el Juzgador se equivocó al calificarlos y trata de deducir sus consecuencias, lo que por sí sólo los hace inviables.*

INTERPRETACIÓN DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Frente a la interpretación recurrente de que la escritura sólo lo era de inventario y no establecía régimen económico-matrimonial distinto del de gananciales, ha de prevalecer la interpretación de la instancia, en el sentido de que se estableció un régimen de separación, aun sin emplear esta palabra, puesto que la con-*

clusión no es absurda ni desproporcionada y se basa en los propios términos del contrato y en los actos anteriores, coetáneos y posteriores a su otorgamiento. (Sentencia 27 junio 1974; no ha lugar.)

3. CALIFICACIÓN EN EL RECURSO DE LOS ACTOS O CONTRATOS CONTROVERTIDOS: En nada obliga a los Tribunales de Justicia y menos a este alto Tribunal el nombre que las partes den a los actos y contratos y ni siquiera el que le den los Tribunales inferiores, habiéndose hablado impropriamente por unos y por otros, de la existencia de un contrato de opción de compra, adentrándose en su naturaleza onerosa o gratuita y, en consecuencia, en si el marido está autorizado o no para el acto por virtud del apoderamiento general que le había conferido la mujer.

CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA: Para que exista ha de haber un manifiesto acuerdo de voluntades entre dos partes contratantes, una que se compromete a mantener una oferta por determinado plazo y otra que se reserva, gratuitamente o mediante un precio, el derecho de decidir durante ese período de tiempo entre aceptar el negocio en las condiciones ofrecidas o desistir de él.

OFERTA DE VENTA: SUS DIFERENCIAS CON LA OPCIÓN DE COMPRA: En el presente caso no se ha producido esa coincidencia de voluntades previa a la compraventa, sino sólo una proposición de venta a un posible comprador, una simple y unilateral oferta mantenida hasta una fecha determinada; de modo que la concurrencia de voluntades no surge hasta que la oferta es aceptada y, entonces, es el de compraventa el que se perfecciona y que es el único contrato que ha existido.

CONSENTIMIENTO "UXORIS": Tal contrato de compraventa está indudablemente incluido en las autorizaciones que al marido otorgó la esposa en la escritura pública de mayo de 1958, a los efectos del artículo 1.413 del Código civil. (Sentencia 14 octubre 1974; no ha lugar.)

NOTA: El interesante tema debatido se centra por esta Sentencia en su segundo Considerando, que es del tenor siguiente: "Considerando que todo el tema del segundo pleito, al que se refiere este recurso y el del propio recurso estriba en la pretensión de la actora recurrente de que se anule la escritura de venta de cinco de octubre de mil novecientos setenta y dos, otorgada por el señor juez de instrucción, en ejecución de sentencia ante la rebeldía del obligado a otorgarla; pues dicho otorgamiento arranca, en su sentir, en pleito en el que ella no ha intervenido, de una "opción de compra" gratuita que otorgó su marido al Banco de Santander, sin estar autorizado por ella, como es necesario al ser gratuita la opción; pues dicho carácter excluía el acto de los autorizados por la escritura de apoderamiento general otorgada por ella el veintiséis de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, el cual reconoce que estaba aún vigente en la fecha de la aceptación por el Banco; pues no fue revocado hasta noviembre de mil novecientos sesenta y seis"

El Tribunal Supremo resuelve elegantemente la cuestión en los siguientes Considerandos, señalando que no se trataba de verdadero contrato de opción —el cual, por su carácter gratuito, parecería dar la razón a la recurrente, al ser aplicable el régimen de codisposición del artículo 1.415, y no el artículo 1.413—, sino de una simple oferta unilateral de venta.

4. RECONOCIMIENTO FORZOSO DE FILIACIÓN NATURAL: CUESTIONES NUEVAS: Las alegaciones sobre la posible nacionalidad inglesa del menor o sobre su

vecindad civil catalana, aunque parecen constituir alegaciones jurídicas que, con arreglo al principio de derecho "da mihi factum, ego dabo tibis ius", podrían ser invocadas en cualquier fase del proceso e incluso estimadas de oficio, lo cierto es que cualquiera de aquéllas exige unos supuestos de hecho que tienen que ser alegados oportunamente, y en tal sentido integran cuestiones nuevas que no pueden ser examinadas en casación.

APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN CATALUÑA: *No todos los foralistas están conformes en la no vigencia en Cataluña de los párrafos 1.^º y 2.^º del artículo 135 del Código civil y, aunque lo estuvieran, su opinión no sería invocable en casación, aparte de que, si bien la Compilación admite ampliamente la libre investigación de la paternidad, no prohíbe, en cambio, que cuando existan manifestaciones de voluntad expresas—escritos indubitablemente presuntas—posesión de estado—, puedan ser utilizadas con preferencia.*

POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL: *Aunque el Código no la define ni señala los actos que la determinan, tanto los autores como la jurisprudencia están acordes en comprenderlos en tres grupos nomen, tractatus y fama, de los cuales los dos últimos son los que tienen la continuidad—requerida por el artículo 135—y la publicidad—exigida para la posesión útil en el artículo 1.941 y en las Sentencias de 28 de noviembre de 1941 y 3 de julio de 1945.*

ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Como el recurrente sostiene, la sentencia recurrida incide en graves errores de apreciación probatoria, con violación de los cánones valorativos de la prueba, pues en autos está evidenciado que la supuesta posesión de estado no fue pública, ni continuada, ni duró todo el tiempo que se le asigna.*

POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL: *Como afirma el recurrente, la sentencia aplica indebidamente el artículo 135, párrafo 2.^º, del Código, puesto que los actos que se imputan al demandado sólo fueron realizados ante un núcleo reducido de amigos—posesión clandestina—, y durante un corto espacio de tiempo—lo más diez meses—, según reconoce la propia actora.* (Sentencia 17 mayo 1974; ha lugar.)

NOTA: Aunque probablemente esta sentencia llegue al resultado más justo, en el caso concreto, en el que no resultaba nada segura la paternidad biológica imputada, también es cierto que alguna de sus afirmaciones, de admitir su generalización, resultarían peligrosas y constituirían, francamente progresiva en los últimos años, sobre la interpretación del artículo 135 del Código civil.

Dos puntos principalmente requieren matización: a) La exagerada importancia que atribuye esta sentencia a la *fama* (posesión pública y no clandestina), como elemento constitutivo de la posesión de estado, lo cual se halla en contradicción con la opinión doctrinal común y recogida, por cierto, en múltiples sentencias del Tribunal Supremo, que destaca el *tractatus* como factor primordial de la posesión de estado de hijo natural, como consecuencia lógica de que sólo el trato del padre puede servir de base a actos que constituyan un reconocimiento tácito o presunto del mismo; aparte de que por razones obvias esa posesión no puede ser normalmente tan ostensible como la que acompaña a la de los hijos legítimos, y b) El peligro que supondría no flexibilizar el requisito de que la repetida posesión sea "continua", como exige el artículo 135. En efecto, interpretando literalmente este requisito se llegaría a permitir la injusticia de que el padre pudiera, yendo ilícita-

mente contra sus actos propios anteriores, interrumpir a su arbitrio la posesión ya adquirida por el hijo, y aún más se alcanzaría el resultado absurdo—defendido, sin embargo, en el motivo séptimo del recurso—de convertir en inaplicable el artículo 135, segundo, del Código, puesto que si el hijo tiene que hallarse en la posesión de estado en el momento de interposición de la demanda, no se comprende para qué va a ser preciso el ejercicio de la acción. Esta presupone la actitud negativa o desfavorable del padre y, por tanto, que aquél ya no se encuentre en el estado que antes hubiera ostentado. Por lógica elemental la expresión “cuando se halle”, utilizada por el Código, ha de equivaler a “cuando se haya encontrado” en la posesión continua del estado de hijo natural del padre.

5. RECONOCIMIENTO FORZOSO DE FILIACIÓN NATURAL EN CASO DE DELITO: *El artículo 135 del Código civil admite propiamente la investigación de la paternidad sólo en el caso de delito sexual, prescribiendo que “en los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole”, reconocimiento que es consecuencia de la condena penal y de la consiguiente sentencia dictada por el Tribunal de lo penal.*

SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA: *Si la sentencia penal es absolutoria, por no estimar acreditados los hechos que constituirían el delito, ello será una valla infranqueable para pedir en la jurisdicción civil el reconocimiento, dado que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó.*

SENTENCIA PENAL QUE NO CONDENA, PERO QUE DECLARA LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS: *Si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o intímputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil, cual reconoce la Sentencia de 25 de febrero de 1928, y a igual conclusión debe llegarse en aquellos casos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, pero sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquélla mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero sí queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, pues ésta ha de basarse siempre en la existencia del acto punible, háyase o no castigada.*

ESTUPRO CONDENADO Y EMBARAZO POSTERIOR: *Declarándose en la sentencia penal que condenó al demandado como autor de un delito de estupro, que “la ofendida quedó embarazada en virtud de yacimiento practicado con el procesado cuando tenía más de veintitrés años”, es evidente que tal delito existe y es sancionado y al no poder imponerse el reconocimiento sólo por razón de edad de la ofendida, no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente, ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse, siguiendo así las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado. (Sentencia 28 marzo 1974; no ha lugar.)*

NOTA: Esta sentencia tiene una extraordinaria importancia, pues eleva al rango de doctrina legal a un criterio enormemente progresivo sentado anteriormente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1972. No hay duda de este hecho, pues ahora la Sentencia de 1974 copia literalmente los considerandos de aquélla, “cuya doctrina se ratifica plenamente” y se aplica “al caso de autos, que contempla un supuesto idéntico”.

Lo avanzado de este criterio, cualquiera que sea la opinión que se sus-

tente sobre su implantación "de lege ferenda"; estriba en que fuerza el sentido literal de los artículos 135 del Código civil y 444 del Código penal, llegando a permitir el reconocimiento en vía civil en casos en que éste no es consecuencia directa del estupro, pues el delito no existe por la edad de la ofendida o por no existir engaño. Como se indicaba en uno de los motivos del recurso desestimado, con esta doctrina "el principio fundamental de nuestro Código civil de prohibición de investigación de la paternidad quedaría totalmente por los suelos". En efecto, parece que de una forma retorcida e indirecta se llega al principio opuesto de libre investigación de la paternidad, a través del camino de acudir previamente a la vía penal, aunque se sepa con seguridad que no hay ni asomo de delito, por ejemplo, si la mujer tiene una edad muy superior a los veintitrés años.

Como esta consecuencia, aunque se deriva directamente de las afirmaciones de las sentencias, parece excesiva, hay que concluir que es preferible limitar la nueva doctrina legal establecida a los particulares casos resueltos por estas dos sentencias; es decir, a los supuestos en que ha existido estupro y éste ha sido castigado en la sentencia penal, pero en los que, continuando las relaciones sexuales iniciadas antes de los 23 años, el embarazo se ha producido por yacimiento posterior al momento en que la mujer cumplió aquella edad.

6. CONDICIÓN DE HIJO LEGÍTIMO A EFECTOS DE OTRO LITIGIO: *Si bien los actores niegan el carácter de hijo legítimo del demandado, lo cierto es que el pleito no ha tenido por finalidad directa la impugnación de la filiación legítima, puesto que nada se solicitó ni se declaró en este sentido en el fallo de instancia, de modo que el tema queda reducido a mera cuestión de hecho, como presupuesto o antecedente de la acción ejercitada sobre derechos hereditarios y reivindicación de bienes.*

IMPUGNACIÓN DE UNA CUESTIÓN DE HECHO: *La sentencia, sin entrar a pronunciarse en fase decisoria sobre la indicada cuestión, porque infringiría la congruencia exigible en los fallos, establece la concluyente afirmación, ratificada en la segunda instancia, de la legitimidad del demandado, y esta conclusión sólo puede ser combatida en casación a través del cauce procesal del número 7º, del artículo 1.692, de la LEC.*

USUCAPIÓN EN CATALUÑA: *La violación acusada del Usatige "Onnes Causae", recogido en el artículo 344 de la Compilación, no puede prosperar puesto que la sentencia declara probado que la posesión en concepto de dueño no pudo iniciarse antes del 22 de octubre de 1941, y contra esta afirmación sólo se invocan, por la vía del número 7º, del artículo 1.692, los mismos documentos que el Tribunal "a quo" ha examinado e interpretado para formular la conclusión antes referida.*

PREScripción extintiva de la acción reivindicatoria: *Frente a esta acción, ejercitada en la reconvención del demandado, no puede apreciarse la prescripción extintiva alegada, pues, aun en la tesis más favorable a los recurrentes, no ha transcurrido el plazo de treinta años, atendida la moratoria que establece la Ley de 1 de abril de 1939, cuyos preceptos han sido adecuadamente interpretados por la sentencia de instancia. (Sentencia 12 mayo 1974; no ha lugar.)*

7. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LEGITIMACIÓN: PRESCRIPTIBILIDAD: *Conforme a la doctrina jurisprudencial, contenida entre otras en las sentencias de 18 de enero de 1929, 11 de diciembre de 1943, 4 de febrero y 15*

de octubre de 1960 y 19 de enero de 1972, que indudablemente suple el vacío legal en dicha materia y a la que se va aproximando la doctrina científica en su línea progresiva, las acciones de impugnación de la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales son prescriptibles y, como acciones personales, el plazo de prescripción es el de quince años.

ANULABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO Y LEGITIMACIÓN DE HIJOS NO NATURALES: *No hay, pues, violación de los artículos 4 y 119 del Código civil, ni interpretación errónea de los artículos 128 y 138 del mismo, ya que si es evidente que las acciones fundadas en la nulidad absoluta del artículo 4 son imprescriptibles, no ocurre así con los actos anulables.*

INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: *Aparte de que las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, en orden a la falta de prueba de la interrupción, no han sido combatidas por el cauce procesal adecuado, hay que tener en cuenta que no se puede atribuir ninguna eficacia a estos efectos a la transacción convenida entre los interesados, por recaer sobre actos sustraídos por su naturaleza al poder dispositivo de las partes, ni tampoco al acto de conciliación, que tuvo lugar en 1967 y la demanda en 1971, y carece de tales efectos conforme al artículo 479 de la Ley procesal. (Sentencia 7 octubre 1974; no ha lugar.)*

6. Sucesiones

1. CAPACIDAD PARA TESTAR: *La indicación que ha de hacer el Notario, con arreglo al artículo 695 del Código civil, de que el testador goza de la capacidad legal requerida, puede ser revisada por el Juez.*

CAPACIDAD PARA TESTAR: PRUEBA: *La afirmación de la capacidad o incapacidad es motivo de hecho confiado a la Instancia.*

CONFESIÓN: *No constituye error de derecho la apreciación por el Juez de la confesión de la parte demandada, cuando ésta declaró la incapacidad de la testadora, ya que "la confesión hace prueba contra su autor" (artículo 1.232 del Código civil).*

PRUEBA PERICIAL: *Los artículos 1.242 del C. c. y 616 LEC establecen cuándo se debe practicar esta prueba, pero en ningún modo establecen criterios valorativos sobre ella. (Sentencia del Tribunal Supremo 21 marzo 1974; no ha lugar.)*

2. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No puede basarse tal error en el propio testamento abierto discutido, puesto que, según reiterada doctrina de esta Sala, no merece el carácter de documento auténtico en casación, al ser el básico que ha sido examinado y objeto de exégesis por el Tribunal "a quo".*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede prosperar la violación que se denuncia del artículo 1.218 del C. c., ya que no se trata de la eficacia probatoria del testamento, sino de su interpretación, que no puede discutirse en la vía procesal intentada del número 7º, del artículo 1.692 de la LEC.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO; DEFECTO DEL RECURSO: *Bastaría para*

rechazar la violación que se acusa del artículo 675 del C. c. la equivocación cometida en cuanto al concepto de la infracción, que en todo caso sería el de interpretación errónea.

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *No puede detenerse el intérprete en el sentido literal cuando existe duda fundada en el propio testador que, después de expresar su última voluntad, creyó necesaria precisarla más haciendo un resumen de ella en cláusula posterior, que es la que preferentemente han tenido en cuenta los Juzgadores de instancia para intuir la verdadera intención del disponente.*

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: *Doctrina jurisprudencial reiterada tiene sentado que, si bien cuando el texto es claro y expresivo, pudiendo deducirse de su sola lectura el propósito e intención del testador, a dicho literal contexto deberá el juzgador atenerse; sin embargo, es facultad del mismo, si tuviese sobre el alcance de las cláusulas alguna duda, la de interpretarlas figurando su verdadero sentido conforme al examen de las circunstancias del caso, y tal interpretación debe prevalecer sobre el criterio propio del recurrente, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquella es equivocada por contradecir evidentemente la voluntad del testador.* (Sentencia 18 abril 1974; no ha lugar.)

3. INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN CATALUÑA: *Si bien el artículo 255 de la Compilación considera como motivo de indignidad del cónyuge haber injuriado gravemente a su causante difunto, el ultraje que aquí se denuncia, y que consiste en haber contraído matrimonio con el testador a pesar de estar ligada la esposa en anteriores nupcias con otro, no ha sido debidamente acreditado.*

PRUEBA DEL MATRIMONIO: *La realidad de tales anteriores nupcias se niega en los hechos que la sentencia declara probados y éstos se atacan en el recurso con el análisis de una serie de documentos, cuando han sido objeto de examen por el Tribunal "a quo" —lo que los privaría ya de virtualidad a estos efectos—, sin contar con que, según los artículos 53 y 54 del Código, los matrimonios posteriores a su promulgación han de acreditarse por la certificación del Registro Civil y que no es lícito acudir a otros medios probatorios, como la posesión de estado, sino en los supuestos de excepción que citan aquellos preceptos y que no concurren en este caso.*

PRUEBA DEL MATRIMONIO: *Tampoco puede entrar en juego lo dispuesto en los artículos 54. y 55 del Código civil, ya que no consta que la celebración de aquel matrimonio se llevará a efecto en Portugal, ni que en este país no exista Registro regular o auténtico sobre el estado civil de las personas..*

INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN CATALUÑA: *La injuria grave que se denuncia a los efectos del artículo 255 de la Compilación, consistente en haber trasladado los restos mortales del presunto primer marido a un nicho del causante, no puede apreciarse, pues tal causa de indignidad, si existiera, estaría remitida por el causante que conocía aquellas relaciones, según declara la sentencia, y habría de aplicarse lo dispuesto en el artículo 757 del Código civil.*

DESHEREDACIÓN: *Requiere, imprescindiblemente, que se exprese la causa legal en que se funde el testador, indicándola con claridad, como se desprende*

de del artículo 849 del Código civil, pero no es necesaria su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla, como enseña la Sentencia de 4 de noviembre de 1904.

DESHEREDACIÓN: Tales requisitos los cumple, con respecto a la causa de desheredación de los hijos contenida en el artículo 853, 2.^a, del Código civil, la referencia en el testamento "al mal comportamiento que han tenido conmigo y con mi actual esposa, llegando a graves amenazas y calumnias y, con seguridad, a atentar contra nuestra vida", puesto que el término calumnia, por constituir un agravio contra el honor de mayor entidad que las injurias, puede suplir al empleo de éstas, por razón de analogía, como ya mantuvo la Sentencia de 20 de junio de 1959.

DESHEREDACIÓN POR CALUMNIAS E INJURIAS GRAVES DE LOS HIJOS: Los hechos declarados probados por la sentencia, y no impugnados en el recurso, afirman que los hijos han calumniado al testador, al acusarle de un delito de bigamia, aparte de que su conducta, si se entendiera otra cosa, supondría injurias graves, al haber estimado como tales la doctrina científica catalana, la acusación de llevar vida licenciosa o inmoral; las Partidas, el hecho de infamar al padre, y el Código penal vigente, la imputación de un vicio o falta de moralidad.

DESHEREDACIÓN: SU TIPICIDAD: No infringe los artículos 849 y 851 la sentencia recurrida al apoyar la desheredación en el número primero en relación con el número segundo del artículo 853, pues claramente se deduce de sus considerandos que ha apreciado la existencia de ambas causas de desheredación conjuntamente.

PRUEBA DE CONFESIÓN: SU INDIVISIBILIDAD: Ni el Tribunal "a quo" ha dividido la contestación de los actores, ni la eficacia en juicio de este medio probatorio es superior a los demás, en conjunción con los cuales debe ser apreciado, ni resulta imposible dividir la totalidad de lo confesado cuando, como aquí sucede, abarca hechos inconexos o no ligados íntimamente entre sí para todos los efectos. (Sentencia de 9 de julio de 1974; no ha lugar.)

4. INTERPRETACIÓN DE CONVENIOS FAMILIARES: COLOCACIÓN: La obligación de colacionar que se menciona en determinados convenios familiares suscritos en 1965 y 1968 por los interesados en una partición de herencia, nada tiene que ver con la colación regulada en los artículos 1.035 y siguientes del Código civil, que en su consecuencia para nada son de aplicación al supuesto de autos y no han podido ser interpretados erróneamente por el juzgador.

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: La violación que se denuncia de los artículos 1.281 a 1.285 del Código, aparte de incidir en defectos de formulación, no puede prosperar, pues la labor hermenéutica del juzgador de instancia llega a un resultado que bien merece calificarse de lógico y acorde con las circunstancias del caso, por lo que siempre sería de respetar y acatar en la resolución de este recurso.

PACTO SUCESORIO: Esta misma interpretación pone de relieve que no ha existido, en el supuesto, pacto sucesorio prohibido por el artículo 1.271 del Código y, por tanto, no ha podido ser infringido por violación tal artículo.

COMPENSACIÓN: *La compensación entre cantidad a colacionar y deuda a reclamar de que habla la sentencia lo es sólo para explicar una hipotética situación que pudiera presentarse y no constituye en modo alguno fundamento ni premisa determinante del fallo que, por tanto, no ha aplicado indebidamente los artículos 1.195 y 1.196 del Código civil.*

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No hay tampoco aplicación indebida del artículo 1.124, pues su cita no sirve de fundamento a la sentencia recurrida y sólo se utiliza para poner de relieve que admitir la reclamación de la actora supondría un enriquecimiento injusto o sin causa, pues tal reclamación se da como probado queda fuera del supuesto para el que se previó el reconocimiento de deuda a su favor. (Sentencia 29 abril 1974; no ha lugar.)*

5. MODIFICACIÓN DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN CATALUÑA: INCONGRUENCIA: *No puede apreciarse la acusación de incongruencia, basada en que la sentencia recurrida no menciona la confabulación y fraude denunciados, puesto que el Tribunal "a quo" no ha olvidado tal petición, sino que lo ha tenido presente, y en todo caso las sentencias absolutorias no resultan incongruentes porque resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas.*

MODIFICACIÓN DE HEREDAMIENTO CATALÁN: *Constituido un heredamiento en capitulaciones otorgadas en escritura pública entre los padres y el abuelo del recurrente, es factible y válida la modificación que los mismos intervenientes en ella llevaron a cabo en escritura posterior, porque ha de llegarse a la conclusión, mantenida por insignes foralistas, de que resulta inconcebible que quienes convinieron libremente queden vinculados para siempre, aunque una nueva manifestación de voluntad, concorde y unánime, quiera conducirles a borrar lo que antes escribieron, de acuerdo con el principio de derecho de que a nadie defraudan quienes con mutuo consentimiento modifican su propia relación jurídica.*

IRREVOCABILIDAD DE HEREDAMIENTO CATALÁN: *Si bien es cierto que una de las notas que caracterizan el heredamiento catalán es su irrevocabilidad una vez constituido, vedando toda clase de actos que vayan en contra de lo establecido en el mismo, esta nota no llega a prohibir el mutuo disenso, sino sólo la modificación por acto unilateral del heredante en contra del heredero.*

INTERPRETACIÓN DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *La interpretación llevada a cabo por el Tribunal "a quo" en el sentido de que el recurrente no figura como llamado a ninguna sustitución vulgar ni fideicomisaria y de que no se preveían más derechos para él que los del heredamiento preventivo pactado de mancomún por sus padres, ha de prosperar, puesto que no se ha impugnado en debida forma denunciando la infracción de los preceptos de hermenéutica pertinentes, de modo que contra aquélla no puede prevalecer el criterio propio e interesado del recurrente.*

PROHIBICIÓN DE RETRODONACIONES: *La exposición doctrinal sobre las donaciones y retrodonaciones que se contienen en dos motivos del recurso, aunque sea aceptada, no puede prosperar, puesto que, admitido el mutuo disenso, resulta inaplicable la teoría de aquellas instituciones, al quedar como único derecho del recurrente el heredamiento preventivo concedido por sus padres en cuanto se refiere a la herencia de éstos, cuyos bienes no comprenden en*

modo alguno lo que fue objeto de aquel heredamiento concertado entre su abuelo y sus padres y que quedó sin efecto por su posterior alteración (Sentencia 24 junio 1974; no ha lugar.)

II. ARRENDAMIENTOS

1. NATURALEZA DEL ARRIENDO: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *En pugna de criterios interpretativos, el sustentado por la Sala de instancia ha de prevalecer, si no se demuestra su evidente equivocación, sobre el del recurrente.*

ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO O DE INDUSTRIA: *No puede encuadrarse el arriendo entre los de industria, pues mal puede constituir arrendamiento de una unidad patrimonial aquel al que se despoja —por haber sido vendidos— de elementos, como utensilios, maquinaria, motor, herramientas y muebles, destinados al ejercicio de panadería y de los accesorios que son precisos para su esencial actividad.*

DISTINCIÓN ENTRE FALTA DE ACCIÓN Y FALTA DE PERSONALIDAD: *La excepción de falta de acción basada en que el actor no adquirió el negocio o industria de panadería al tiempo de adquisición de la finca, se refiere al derecho que, mediante la acción que de él nace, se ejecuta en el proceso, cuestión ésta de puro fondo distinta de la falta de personalidad.*

CONGRUENCIA: SENTENCIA ABSOLUTORIA: *La congruencia se quebranta cuando el fundamento del fallo es una excepción no alegada ni discutida, sin que ello quede desvirtuado porque la sentencia sea absolutoria y, por tanto, congruente, porque este principio resulta sólo aplicable cuando la absolución no se basa en excepciones no alegadas ni controvertidas por las partes. (Sentencia 30 mayo 1974; ha lugar.)*

2. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE ARRIENDO DE LA LAU: *Es totalmente errónea y peligrosa, y no tiene apoyo, ni en la doctrina científica, ni en la jurisprudencia, la afirmación de que los contratos de arrendamiento urbano son quasi-contratos de adhesión.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN CASACIÓN E INJUSTICIA NOTORIA: *Es doctrina jurisprudencial muy reiterada, la de que si la interpretación dada por el Tribunal, a los contratos, es racional, no procede la casación, ni aunque cupiera alguna duda sobre su absoluta exactitud. (Sentencia 3 junio 1974; no ha lugar.)*

3. ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO PROPIAMENTE DICHO: USO COMO ALMACÉN NO ABIERTO AL PÚBLICO: *Hay diferencia entre el local de negocio dedicado a la venta de diversas mercancías y el local de negocio asimilado como almacén; la diferencia esencial radica en la comunicación con el público, indispensable si se trata de locales de negocio para la venta, y que no se exige en los almacenes. (Sentencia 14 junio 1947; no ha lugar.)*

4. ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: DISTINCIÓN: *Si en el contrato se dice que se arrienda un determinado local, añadiéndose que for-*

marán parte del arriendo una serie de muebles y enseres propios del negocio de taberna, limitándose el volumen de las ventas a realizar en el local a un máximo de dos litros de vino por vez, imponiéndose al arrendatario la obligación de adquirir del arrendador los vinos destinados a la venta y reconociendo, en el contrato, expresamente, el arrendatario, que el arrendador, desde hace muchos años y hasta el momento presente, ha venido dedicando el local, al negocio en cuestión, ello demuestra que el arriendo es de industria y no de local de negocio. (Sentencia 25 junio 1974; no ha lugar.)

5. ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: *Si se declara probado, por el órgano "a quo", y no se desvirtúan tales afirmaciones, que: la arrendadora es una asociación cuya finalidad no guarda relación con explotaciones de lucro comercial; que sobre los inmuebles y utensilios objeto de los contratos el arrendatario anterior y sus sucesores organizaron una empresa hotelera, ampliando y mejorando los elementos materiales entregados; si la arrendadora no entregó a los sucesivos arrendatarios una industria hotelera en funcionamiento o en condiciones de explotación, y si en los convenios entre partes se hizo constar que lo arrendado era una industria, para producir el falso supuesto del núm. 1, del artículo 3, LAU y aludir lo irrenunciable de dicha norma, no cabe considerar el arriendo como de industria.*

SUPUESTO ERROR DE HECHO: NATURALEZA DE LA COSA: *La posible duda en orden a la naturaleza de la cosa arrendada hay que despejarla comparando su descripción escrita con la realidad objetiva de la misma; si entre una cosa y otra hay coincidencia habrá que estar al sentido literal de las cláusulas contractuales y si hay discrepancia, por aparecerse cosa diferente, prevalecerá la realidad física a su expresión escrita, sin que la intención de uno de los contratantes pueda alterar o transformar la verdadera naturaleza física de la cosa objeto del contrato. (Sentencia 30 abril 1974; no ha lugar.)*

6. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO DE TEMPORADA: CONCEPTO DE TEMPORADA: *La frase temporada de verano, o cualquier otra, guarda relación, no con el plazo o duración simplemente cronológica por el que se pacte el contrato, sino con la finalidad a que vaya encaminado, determinante de su utilización, como puede ser la de verano, de invierno y cualquier otra, aunque no se alude expresamente, pero que del contexto del contrato se desprenda que fue la causa que motivó la celebración del mismo.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN CASACIÓN: *La interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe ser respetada en casación, mientras resulte lógica y no desvirtuada.*

CASACIÓN RIGORISMO FORMAL: *La aplicación ináevida o interpretación errónea del artículo 359 de la LEC ha de ser alegada por el cauce de los números 2 a 4 del artículo 1.692 de la LEC y no por el núm. 1º. El no citar el concepto de la infracción puede ser causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación. (Sentencia 30 marzo 1974; no ha lugar.)*

PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: *El carácter de arrendatario tiene dos medios congruentes de acreditarse: el título o contrato y los recibos demostrativos de su vigencia y ejercicio. (Sentencia 3 julio 1974; no ha lugar.)*

7. REDUCCIÓN DE RENTAS ARRENDATICIAS A LA CANTIDAD QUE SIRVE DE BASE FISCAL: DUDAS SOBRE LA CUANTÍA DE LA RENTA FISCAL: *Si en autos existen documentos contradictorios que no permiten establecer, con precisión, la renta fiscal atribuida concretamente al local arrendado y las fundadas dudas hacen imposible establecer comparación entre la renta fiscal y la percibida a los efectos del artículo 103 de la LAU—precepto sólo aplicable en las localidades en que no se ha realizado la revisión catastral—, no procede la reducción de renta solicitada.* (Sentencia 10 junio 1974; ha lugar.)

8. PERIODICIDAD DEL PAGO DE LAS RENTAS: *No habiendo constancia de la forma de pago de las rentas convenidas tiene que ser de aplicación la regla del artículo 1.581 del C. c., norma sólo desvirtuable probando puntual y completamente lo contrario.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Adolece de falta de claridad y precisión el recurso en el que se aduce conjuntamente "interpretación errónea o aplicación indebida o falta de aplicación" de un precepto, y tal defecto es causa de inadmisión y en su caso de desestimación.*

NECESIDAD DE QUE EL ARRENDATARIO SE HALLA AL CORRIENTE DE PAGO PARA RECURRIR: APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NORMA: *El incumplimiento del artículo 148 de la LAU es un defecto susceptible de apreciación "ex oficio" por el juzgador, dada su naturaleza imperativa y de orden público.* (Sentencia 15 marzo 1974; no ha lugar.)

9. REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATIARIA A LA QUE SIRVE DE BASE A LA TRIBUTACIÓN: EFECTOS DE LA REFORMA TRIBUTARIA DE 1966: *El artículo 103 de la LAU es precepto extraño al campo del Derecho civil arrendatario, sin otra justificación que la de ser utilizado como medio de intimar a los arrendadores a que declaren a Hacienda las rentas que realmente perciben, que habrían de servir de base a la regulación impositiva, pero al ser variado el sistema de imposición por la Ley de Reforma Tributaria—texto refundido de 12 mayo 1966—, que estableció una valoración objetiva ateniéndose a datos físicos y jurídicos, no económicos, únicos que viene obligado a facilitar el arrendador, falta la razón de ser del artículo 103 de la LAU, que ha de entenderse derogado por dicha circunstancia.* (Sentencia 14 junio 1974; ha lugar.)

NOTA: Se consideró probado que la implantación progresiva del nuevo régimen fiscal había alcanzado a Burgos—población en que radicaba la finca— a partir de 1973, sin que, con anterioridad a tal fecha, hubiera requerimiento formal del arrendatario al arrendador para la reducción de la renta. Se hace notar, en la sentencia, que las declaraciones, con arreglo al nuevo régimen fiscal, no contienen más que datos físicos y jurídicos, no económicos.

10. DETERMINACIÓN DEL OBJETO ARRENDADO: ACTOS SIMULTÁNEOS Y POS-TERIORES: *A efectos de determinar si un patio se halla comprendido en la superficie arrendada, hay que tener en cuenta los actos simultáneos y posteriores al arriendo y, concretamente, en el caso enjuiciado, el contenido de*

una sentencia aportada a los autos recaída en anterior pleito en que se condenó al arrendador a realizar determinada obra en el patio en cuestión. (Sentencia 5 octubre 1947; ha lugar.)

11. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE CONTRACCIÓN: ARRENDAMIENTO: MEJORAS: *Las normas que las partes se impusieron al concertar sus voluntades constituyen la primera ley que hay que observar; ni el artículo 1.573 del C. c. ni ningún otro, prohíben que los interesados estipulen lo que a su derecho convenga siempre que se respete lo preceptuado en el artículo 1.255 del C. c., y, por ello, el primer precepto no es aplicable a la resolución del litigio si hay una cláusula contractual, según la cual, las mejores realizadas por el arrendatario quedarán a favor de la arrendadora, al terminar el contrato, sin indemnización alguna, cláusula que excluye la aplicación del artículo 487 del C. c.*

INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE LA COSA ARRENDADA IMPUTABLE AL ARRENDATARIO: *No hay contradicción entre la declaración de haber quedado extinguido el arriendo por pérdida de la cosa arrendada y la condena al arrendatario al pago de una cantidad equivalente a las rentas devengadas a partir de la fecha de la pérdida, si tanto el fundamento de la resolución como el fallo consideran a dicha cantidad como los beneficios dejados de obtener, que en concepto de renta se hubieran obtenido, de no haberse extinguido el arriendo por pérdidas de la cosa debida a culpa del locatario; la indemnización de daños y perjuicios en relación con la pérdida sufrida y la ganancia dejada de obtener por el acreedor, implica una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al Tribunal "a quo".*

DEVOLUCIÓN DE LA COSA ARRENDADA AL EXTINGUIRSE EL ARRIENDO: *El concepto jurídico de devolución de la cosa arrendada "tal como la recibió" tiene un significado relativo, equivalente a tal como debió entregarlo, pues lo mismo por hechos jurídicos, como por actos negociales posteriores, pudo alterarse el contenido de la cosa arrendada y, en tal caso, lo que hay que devolver no es la cosa tal como se recibió, sino tal y como ha quedado por acontecimientos posteriores; por ejemplo con las mejoras incorporadas, cuando las mismas ya formaban parte de la cosa arrendada según pacto sobre la materia. (Sentencia 30 septiembre 1974; no ha lugar.)*

12. RETRACTO DE INQUILINO: ARRENDATARIO DE PORCIÓN DE LA FINCA: *Si el objeto arrendado a la demandante formaba parte de una unidad superior originaria y si, además, lo enajenado es más que lo arrendado a la demandante, la que no es arrendataria única de la finca vendida, no hay coincidencia entre lo mayor vendido y lo menor arrendado, es claro que la demandante no tenía el derecho de retracto que ejercitaba. (Sentencia 15 junio 1974; no ha lugar.)*

NOTA: Esta sentencia contiene abundantes referencias a doctrina concordante sentada en anteriores resoluciones del T. S.

13. ABUSO DE DERECHO: PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA LAU: *El artículo 9 de la LAU no sólo ha recogido el principio de abuso de derecho —reculado en el anterior ordenamiento arrendaticio—, sino que ha completado*

el sistema dando entrada a los principios de buena fe y de fraude de ley, tanto si se considera que cada uno de ellos integra una institución distinta, como si se entiende que son facetas distintas de la misma, lo cierto es que la finalidad es idéntica: impedir que el texto literal de la Ley pueda ser utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia o que frente al contenido ético y el espíritu y objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras o estrategias jurídicas tendentes a lograr un resultado opuesto a la justicia.

INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *No cabe invocar en injusticia notoria tal quebrantamiento si no se formuló protesta, ni al recibirse la notificación de la providencia, ni el acto de la vida; no hay indefensión si la sentencia se basó en los documentos aportados en la primera instancia y los que se presentaron en la segunda instancia se referían a un hecho intrascendente respecto a la acción ejercitada.*

INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE INADECUADO: *No puede combatirse por el cauce de la 4.^a causa de injusticia notoria el error de derecho, ya que ello es materia propia de la causa tercera.*

CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear en injusticia notoria cuestiones no debidamente aducidas en la instancia.*

EL RECURSO SE DA CONTRA EL FALLO: *El recurso no se da contra los considerados, sino contra el fallo.*

MATERIA PROPIA DE LOS PROCESOS ARRENDATICIOS DE LA LAU: *No es materia ajena a la regulada en la LAU el derecho de retorno al local después de la reconstrucción y determinación de la renta, si a ello, y haciendo referencia a lo previsto en la LAU, se llegó en el convenio suscrito por las partes en simplificación del procedimiento.* (Sentencia 15 junio 1974; no ha lugar.)

14. DERECHO DE RETORNO AL LOCAL ARRENDADO: PÉRDIDA DEL DERECHO: *Se extingue el derecho de retorno si no se desalojó lo que fue objeto del arriendo dentro del plazo de preaviso, sin que esta conclusión quede enervada por los razonamientos del arrendatario, ya que, de lo actuado, se deduce el incumplimiento por éste de las condiciones de desalojo impuestas por la Ley, sólo a él imputable. Actitud pasiva, permitiendo la permanencia de subarrendatarios, con los que estaba vinculada, transcurrido el plazo de preaviso y contra los que pudo proceder con suficiente antelación a que se operase la extinción de dicho plazo.*

VALOR DE LAS ALTAS Y BAJAS FISCALES: *Las altas y bajas fiscales no acreditan más que el simple hecho de que, quien diciéndose titular de una actividad sujeta a tributación, la da de alta o baja en el Registro Fiscal, pero no demuestra que desarrolle o deje de desarrollarla.*

CUESTIONES NUEVAS: *Es causa de inadmisión el que la cuestión deducida en el recurso no hubiese sido planteada en la instancia.* (Sentencia 6 noviembre 1973; no ha lugar.)

15. PARTICIPACIÓN DEL ARRENDADOR EN EL PRECIO DE TRASPASO, VARIABLE SEGÚN LA ANTIGÜEDAD DEL LOCAL: *El importe de la participación varía según la fecha en que el local de negocio se construyó o habitó por primera vez*

y las palabras empleadas por el legislador llevan a la duda de si la fecha de partida para la inclusión en uno u otro apartado del artículo 39 de la LAU ha de ser la de construcción del inmueble como tal o bien si dicha fecha ha de ser aquella en la que realmente el inmueble fue acomodado y explotado como local de negocio, siendo la solución más racional la que parte, para el cómputo, del acondicionamiento y destino como tal local de negocio, tendencia jurisprudencial plasmada en la Sentencia de 14 octubre 1964. (Sentencia 16 octubre 1974; no ha lugar.)

NOTA: Se trataba de un local ocupado tras la Guerra civil por Falange primero y la Guardia civil después, destinado ulteriormente a almacén y que en 1956 fue por primera vez acondicionado y arrendado para bar, o sea, local de negocio; el T. S., de acuerdo con los órganos de instancia, entiende que la última fecha es la que ha de tenerse en cuenta para determinar el porcentaje que corresponde al propietario del inmueble en el traspaso.

16. TRASPASO PARCIAL: ILEGALIDAD: *El único traspaso permitido por la Ley es el total; el traspaso, ni aun el legal, no puede ser fraccionario, ya que su objeto inmediato no es el material del local, sino el de la relación jurídica arrendaticia que es indivisible de suyo, ya que si se intenta dividir, produce, sin lograr la escisión, una situación de hecho y de derecho contraria a éste; por amplia que fuera la autorización del traspaso, no lo pudo ser en contra de los preceptos legales que lo definen.* (Sentencia 28 mayo 1974; no ha lugar.)

17. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL MISMO, A INICIATIVA DEL ARRENDATARIO: *En el término "resolución", empleado por el artículo 117, párrafo 1.º, de la LAU, está comprendido el caso de extinción del arriendo por iniciativa o voluntad del arrendatario.*

ABUSO DE DERECHO: PERJUICIO DE TERCERO: *Al establecer el artículo 4, párrafo 2.º, del C. c., como límite de la renuncia de derechos, el perjuicio de tercero, no se refiere a la utilidad o conveniencia del particular que puede ser perjudicado por un acto lícito que otro realiza y, así en tal caso, la resolución del contrato de arrendamiento, por parte del arrendatario, no es acto ilícito ni se opone a la ley.* (Sentencia 11 febrero 1974; no ha lugar.)

NOTA: El arrendatario notificó al arrendador su voluntad de resolver el arriendo, indicando que comunicaba, también, a los subarrendatarios tal voluntad; los subarrendatarios, al ser demandados por el arrendador, con base en el precepto citado, alegaron connivencia del arrendador y del subarrendador en perjuicio suyo.

18. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR SINIESTRO DE LA COSA ARRENADADA: Reiterada jurisprudencia tiene establecido que, en el concepto de siniestro, se han de incluir todas las averías, deterioros o pérdidas importantes que se produzcan en la vivienda o local de negocio, cualquiera que sea la causa que las origina, de cuya doctrina legal se sigue, que el término o reconstrucción, que emplea la ley, comprende, a su vez, todas las obras que sea preciso realizar para volver a poner la vivienda o local de negocio en estado de servir para el destino convenido; por ello es inaceptable la tesis

del recurrente, según la cual, las obras necesarias para dejar las plantas arrendadas en las debidas condiciones de higiene y decoro no son computables a efecto del porcentaje del cincuenta por ciento de que habla la ley, para cuyo cómputo, según dicho recurrente, sólo habrían de tenerse en cuenta las obras de reconstrucción. (Sentencia 13 mayo 1974; no ha lugar.)

19. ACCIÓN CONTRA EL ARRENDADOR RECLAMANDO LA REALIZACIÓN DE OBRAS: EXCEPCIÓN DE LITIS PENDENCIA DERIVADO DE SOLICITUD ANTERIOR DE DECLARACIÓN DE RUINA: *Constituyendo causa de resolución de arriendo, la declaración de ruina del edificio obtenida por acuerdo firmado recaído en expediente contradictorio tramitado ante la Autoridad Municipal, en el que deberán haber sido citados, al tiempo de su iniciación, todos los inquilinos y arrendatarios del inmueble para el ejercicio de la acción resolutoria y su petición ante el órgano gubernativo origina, en realidad, la puesta en marcha de la acción dentro del ámbito especial de la Ley Arrendaticia, por tratarse, no de materia meramente administrativa, sino de una etapa del proceso civil que vincula al juez encargado de su conocimiento, por lo que la sustanciación de aquel expediente puede dar lugar a que se produzca la excepción dilatoria del "litis pendencia" respecto de un juicio posterior en el que, con la finalidad de neutralizar los efectos de aquella declaración, se pretende obtener la condena del propietario a realizar determinadas obras de reparación en el local arrendado, dado que, de otro modo, se podría dividir la contingencia de la causa y producirse decisiones contradictorias de imposible ejecución simultánea. (Sentencia 17 febrero 1974; no ha lugar.)*

NOTA: La solicitud de declaración de ruina se presentó en el Ayuntamiento con fecha 4 mayo 1972; la demanda de realización de obras se presentó el 9 del propio mes; la notificación del expediente de ruina a los arrendatarios se realizó el 12 del propio mes y año y el emplazamiento del arrendador en el proceso sobre obras se efectuó el siguiente día 17; dice el T. S. que ya se tome como punto de partida para la aplicación de la excepción de *litis pendencia* la aportación ante los órganos jurisdiccionales de aquel escrito —no se ve claro a qué escrito se refiere—, según se infiere de los términos literales del artículo 524 LEC, o bien se estime que la iniciación de ese momento se produce desde la fecha de la notificación de aplazamiento, intimación o llamamiento cominatorio a los demandados, por ser dicha ritualidad la que determina el nacimiento de la relación jurídico procesal, lo cierto es que, en ambos casos, el proceso sobre obras se inició con posterioridad al expediente y procede acoger la excepción.

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA PARA DERRIBO Y REEDIFICACIÓN: ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA: *Reiterada doctrina del T. S. afirma que la autorización del Gobernador civil para el derribo de una finca tiene plena eficacia para que pueda ejercitarse la acción ante los tribunales, sin que sea factible —en el proceso civil— examinar supuestas faltas de forma o fondo del procedimiento seguido en la vía administrativa, pues ello equivaldría a admitir y decidir un recurso judicial contra su resolución.*

NOTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 78, 2º, DE LA LAU: *Sienta la Sala I del T. S. la doctrina de que la Ley no exige determinada forma de efectuar la notificación ni que se notifique personalmente, por el arrendador, la autorización a los arrendatarios, por lo que nada impide que lo haga por mandatario.*

INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE INADECUADO PARA COMBATIR EL QUEBRANTAMIENTO DE FORMAS: *Es inadecuado el cauce de la causa tercera de injusticia notoria para combatir un quebrantamiento de forma, lo que debe hacerse por la causa segunda.*

CUESTIÓN DE HECHO: *Sólo puede ser abordada en injusticia notoria por el cauce de la causa 4.^a* (Sentencia 12 junio 1974; no ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR RUINA: CARÁCTER DE LAS DECLARACIONES ADMINISTRATIVAS DE RUINA: FACULTADES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *Los acuerdos municipales de ruina no pueden ser sometidos a labor exegética alguna, distinta a la literal; según la doctrina jurisprudencial mantenida de forma constante y uniforme, la declaración de si una finca se halla o no en estado de ruina es de la exclusiva competencia de la Autoridad administrativa sin que, a los efectos del artículo 114, 10.^º, de la LAU, los tribunales puedan hacer otra cosa que comprobar si dicha declaración se adoptó en un acuerdo gubernativo firme recaído en expediente contradictorio en el que hayan sido citados, al tiempo de su incoación, todos los inquilinos y arrendatarios del inmueble de que se trate.*

RUINA TOTAL Y RUINA PARCIAL: *Al concurrir los requisitos necesarios para aplicar la causa 10 del artículo 114 de la LAU es indiferente si la ruina declarada por la Autoridad gubernativa fue total o parcial, dado que el precepto no establece distinción alguna al respecto, sobre todo cuando hay un solo contrato sobre el cuerpo del edificio con renta global, porque si el objeto del arriendo está integrado por diversos elementos, aunque sean físicamente independientes unos de otros, el contrato queda afectado, en su totalidad, por la declaración de ruina de algunos de ellos, sin que sea factible a los tribunales reducir cosa y renta, dando nacimiento a una relación jurídica diferente a la que con anterioridad existía.* (Sentencia 5 octubre 1974; no ha lugar.)

NOTA: En el acuerdo municipal de ruina se contenía una orden dirigida al arrendador para la realización de reparaciones urgentes, mandato que el Tribunal Supremo consideró que no afectaba a la viabilidad de la resolución por ruina.

22. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: PRESCRIPCIÓN: *Si la introducción en el local de la sociedad—cessionaria o subarrendataria—tuvo lugar en 1948 y la demanda resolutoria se formuló el 6 de noviembre de 1972, han sido correctamente aplicadas las normas sobre prescripción, fundamento de la sentencia absolutoria.* (Sentencia 6 abril 1974; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL USO DE LA COSA ARRENDADA: *Si la sentencia da por probado, y así ha de mantenerse, que un tercero con nueva y distinta personalidad a la de los arrendatarios se introdujo en el goce de la cosa arrendada, no puede decirse que, al resolver por ello el arriendo, se infrinja la causa 5.^a del artículo 114 de la LAU.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES: *Lo son el no citar el concepto de la infracción y mezclar errores de hecho y derecho en la argumentación.* (Sentencia 23 marzo 1974; no ha lugar.)

24. PRESUNCIÓNES: *Al elemento interno de las relaciones humanas no puede llegarse en Derecho más que a través de la valoración de los actos que la exterioricen, cada uno de los cuales tiene un significado normal adecuado a su naturaleza, que es, en definitiva, la relación necesaria de que habla el artículo 1.253 del C. c., al definir la presunción, prueba indirecta utilizable cuando no hay pruebas directas, como ocurre frecuentemente en materia de arrendamientos urbanos.*

PRUEBA DE CESIÓN O SUBARRIENDO MEDIANTE PRESUNCIÓNES: *Es jurisprudencia constante de la Sala I que, siendo la cesión y el subarriendo inconsentidos causa de resolución del contrato y hallándose interesados en su ocultación los que lo celebran, quedaría ineficaz la punición prevista en la Ley si se exigiera la demostración concreta de las circunstancias determinantes, por lo que basta la presunción. Acreditado que una persona jurídica distinta del arrendatario utiliza en el local rótulos exclusivamente a su nombre, los anuncios, en la Prensa, del carácter de sucursal de la nueva empresa, la propaganda en igual sentido en las cartas de la misma, la ausencia del arrendatario que deja de asistir al establecimiento, siendo sustituido por otra persona, la limitación de las ventas a los géneros de la nueva empresa, constituyen la exteriorización de una conducta propia de la sustitución del arrendatario en la ocupación y aprovechamiento del local por un tercero extraño al contrato.*

INJUSTICIA NOTORIA; FORMALISMO; VIOLACIÓN O APLICACIÓN INDEBIDA DE NORMAS: *La violación es un concepto negativo distinto de la aplicación indebida; es desestimable el recurso fundado en un concepto de infracción distinto del procedente. (Sentencia 9 octubre 1974; no ha lugar.)*

NOTA: La sentencia del T. S. dice que la presunción que se deduce de los hechos que se han enunciado no puede desvirtuarse con la invocación de una serie de documentos relativos a que, obras de adaptación al nuevo negocio fueron sufragadas por el arrendatario contractual y al pago por el mismo de la licencia fiscal que sigue girando a su nombre y paga los recibos, así como los de los servicios de luz y teléfono, pólizas de seguros, pago de facturas de géneros, etc.

25. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAMBIO DE LA TITULARIDAD FISCAL DEL LOCAL ARRENDADO A FAVOR DE ESPOSA CATALANA: *No constituye traspaso ilegal, pues la esposa del arrendatario, mientras no se halle legalmente separada, participa en el disfrute arrendaticio y sus derechos no pueden ser desconocidos aun cuando su matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes.*

EJERCICIO DEL COMERCIO POR MUJER CASADA CATALANA EN EL LOCAL ARRENDADO POR SU ESPOSO: *No está privada la mujer catalana de tal derecho, pues la Ley de Arrendamientos Urbanos no establece diferencias entre estos matrimonios y los regulados por el C. c.; el ámbito de aquélla se extiende a todo el territorio nacional, y admitir lo contrario llevaría a la solución absurda de que cualquier cónyuge que ejerciera actividades mercantiles en nombre propio, conforme a los artículos 6 y 7 del C. c., sería un extraño al intervenir en el establecimiento de que fuese arrendatario su consorte.*

INTRODUCCIÓN DE OTRA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL LOCAL ARRENDADO: ACTIVIDAD DE SIMPLE PROPAGANDA: *No basta la existencia en el local arrendado*

de anuncios, aparatos y máquinas de juego de otra entidad para estimar que se da la causa 2.^a de extinción del artículo 114, si aquel hecho obedece a que el arrendatario ejerce allí la actividad de propaganda y es el representante en la provincia de aquella empresa, y no se ha probado, como sería necesario, que ha sustituido al titular del contrato en el goce o uso de la cosa arrendada. (Sentencia 14 junio 1974; no ha lugar.)

26. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO (RÉGIMEN ORDINARIO): RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR ASOCIACIÓN A EFECTOS MERCANTILES: IMPROCEDENCIA DE LA MISMA: "Lo que la ley sanciona con la resolución del contrato de arrendamiento es la transmisión real y efectiva del goce o uso de la cosa arrendada, hecha por el arrendatario a un tercero sin cumplir las formalidades legales exigidas para su validez, circunstancias que no son de apreciar cuándo la titular del contrato, si bien se asoció a efectos mercantiles con la Entidad demandada, no la entregó su negocio, ni el local litigioso, sino que se limitó a cumplir sus normas en cuanto a la comercialización y venta al público de sus productos panificables, conservando a su nombre y como de su exclusiva propiedad la industria ejercida en el local y el uso o goce de éste". (Sentencia 30 enero 1974; no ha lugar.)

27. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO POR NECESIDAD: REQUISITO DE PREVIO EJERCICIO DE NEGOCIO POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN: Si bien la LAU admite excepciones a la prórroga forzosa del arriendo, es con la exigencia de que, en el caso, concurren determinados requisitos de inexcusable cumplimiento y uno de ellos —en la causa 1.^a del artículo 62— es que, el descendiente que aspire a establecerse en el local que antes estaba arrendado a un extraño, cuyo lanzamiento se pretende, "se halle establecido en actividad de comercio o industria con un año de antelación", requisito que no se da si lo que se pretende es, a partir de la disposición de nuevo local, efectuar una separación de padre e hijo del negocio que hasta ahora lleva el padre, ayudado por el hijo, en los bajos de la propia casa, hipótesis distinta de la prevista en la ley. (Sentencia 26 marzo 1974; no ha lugar.)

28. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE DEL LOCAL: INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA: Si en vida del arrendatario el local estaba abierto al público y dedicado a comercio de venta de botellas, habiendo cesado tal situación al morir el arrendatario, habiendo estado el local prácticamente cerrado durante cinco años —salvo una ida al mes, cuando más, de la subrogada en el contrato, para llevar botellas al local—, procede la denegación de prórroga, sin que pueda estimarse justa causa, basada en enfermedad, si ésta surgió a los tres años de hallarse cerrado el local, que viniera a transformarse en mero depósito de mercancías. (Sentencia 22 marzo 1974; no ha lugar.)

29. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA" EN EL DERECHO ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIO: NATURALEZA Y ALCANCE: La sustitución en los derechos del arrendatario que consagra el artículo 60 de la LAU no arranca del derecho he-

reditario, sino de una concesión de la ley que no sólo alcanza a los herederos, sino también al socio, en determinados casos, e incluso a la viuda, aunque no sea heredera, cuando forme asociación con los hijos.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CIERRE DEL LOCAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No puede apreciarse la falta de legitimación activa de los nudo propietarios cuyo interés en el contrato concertado por el usufructuario es evidente, como titulares futuros de la plena propiedad del inmueble; tampoco cabe apreciar la falta de legitimación pasiva de una de las hijas del difunto arrendatario que no se subrogó en el arriendo al fallecer el padre, pues aparte de que siempre pudo dejar de comparecer, su renuncia efectiva no le constaba a la propiedad cuando ejercitó la acción de desahucio.*

CIERRE DEL LOCAL Y USO DE LA ACERA: *No obsta a la resolución por cierre del local arrendado el que se utilice la acera o terraza externa a dicho local para colocar veladores del establecimiento radicado en un local contiguo.* (Sentencia 4 junio 1974; no ha lugar.)

30. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO DE ALMACÉN: *La Sala I del Tribunal Supremo tiene declarado, con reiteración, que el uso de locales destinados a almacén, equivale al cierre del local de negocio.* (Sentencia 14 mayo 1974; no ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO; ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN DE OBRAS POR EL ARRENDADEOR: *Si se pactó, en el arriendo, que el arrendatario quedaba facultado para reabrir un sótano y poner los servicios higiénicos en el mismo, tal cláusula, en relación con el estado que ofrecía, al tiempo en que se permite su utilización y necesaria acomodación a su destino respecto al negocio de bar que se explotaba en el local arrendado y con el estado del sótano, que más bien era una cueva de pequeño tamaño, suelo rocoso y sin ventilación, haría absurdo limitar el significado de reabrir, a la significación que pretende el arrendador, de abrir el sótano en las condiciones en que se hallaba, ya que para que sirviera al fin de albergar los servicios higiénicos de un moderno negocio de bar precisaba dotarlo de los necesarios aparatos sanitarios y de directa y suficiente ventilación, con obras de cierta importancia y envergadura.* (Sentencia 28 mayo 1974; no ha lugar.)

32. RESOLUCIÓN POR OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN: *Autorizada la sociedad arrendataria, por el arrendador, para realizar obras en la cosa arrendada, con la limitación de que éstas, en ningún caso afectarían a los muros de carga o elementos esenciales del edificio, no procede la resolución por las obras realizadas si las mismas no debilitan los muros de carga o elementos esenciales del edificio. En materia de obras hay que atenerse a las obras realmente ejecutadas y no al mero proyecto de las mismas y lo que cuenta es el resultado de las obras y no el procedimiento para obtenerlas.* (Sentencia 26 junio 1974; ha lugar.)

NOTA: La sentencia hace un minucioso análisis de los diversos peritajes realizados y llega a la conclusión —acertadamente contraria a la de la

Sala— de que las obras no supusieron una violación de la autorización contractual, ya que las obras, aunque materialmente pudieran interferir a los muros de carga, no debilitaron en absoluto la solidez de la estructura.

33. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS EN FUNCIÓN DEL DESTINO: APERTURA DE HUECOS: *La autorización concedida al arrendatario para que realice obras a fin de adaptar el local para el uso de su destino, no puede rebasar, en cuanto al tiempo, el momento de la instalación y puesta en marcha del negocio que en el mismo va a establecerse, sin extenderse a otras posteriores relacionadas con el desenvolvimiento de la actividad mercantil en él ejercida y, muchos menos, a la apertura de huecos o puertas de comunicación con un edificio perteneciente a distinto propietario, puesto que, al llevarlas a efecto, se altera la configuración.*

RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO: *Según doctrina constante y uniforme la introducción en el local arrendado de una tercera persona física o jurídica, sin consentimiento del propietario, presupone la existencia de un subarriendo a los efectos de la causa 2.^a del artículo 114 LAU. (Sentencia 21 junio 1974; no ha lugar.)*

NOTA: El arrendatario abrió un hueco de 0,68 por 0,36 metros.

34. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: COLOCACIÓN DE MAMPA RA DESMONTABLE: *Es constante y reiteradísima la doctrina jurisprudencial en el sentido de que las obras de carácter mueble, no incorporadas al edificio o adheridas de tal forma que puedan separarse sin menoscabo o deterioro del mismo, no pueden ser comprendidas en el supuesto de obras de cambio de configuración de la causa 7.^a, del artículo 114 LAU; la colocación de un mampara en los huecos de un tabique, sin estar empotrada en los muros o al suelo, no es constitutiva de un cambio en la configuración o estructura del local arrendado, pues tiene la consideración de cosa mueble no incorporada ni unida de manera fija, sino sujetas por unas alcayatas al tabique preexistente y, por tanto, subsistiendo la antigua división que tuvo por medio del mencionado muro al no haberse obstaculizado la comunicación que existió por medio de la puerta, así como por el fondo del local. (Sentencia 8 junio 1974; ha lugar.)*

35. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *La jurisprudencia de la Sala I ha venido recordando que, según los términos literales del núm. 7 del artículo 114, de la LAU, que, por su carácter sancionador y punitivo, ha de interpretarse restrictivamente, para que la causa de resolución de arriendo por obras inconsentidas se produzca, es necesario que tales obras modifiquen la configuración de la vivienda o local de negocio a que se contraen o debiliten la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción, a cuyo efecto hay que entender, como local, la parte del inmueble urbano determinada en el contrato que está integrada por los planos que la delimitan en volumen y distribución y todo lo que está unido al inmueble de manera que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia ni deterioro del objeto.*

ELIMINACIÓN DE ELEMENTO DE CARÁCTER MUEBLE: NO ES CAUSA DE RESOLUCIÓN: *Toda pieza que por su finalidad y estructura pueda sustituirse por otra idéntica, sin necesidad de hacer obras de albañilería y sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, tendrá el carácter de mueble, y dicho carácter es el que hay que atribuir a una escalera construida con madera sin ninguna adherencia de otro género a la obra de fábrica, por lo que la destrucción de parte de dicha escalera podrá dar lugar a otro tipo de reclamación, pero no puede servir de base a la acción resolutoria ejercitada* (Sentencia 4 mayo 1947; no ha lugar.)

NOTA: Acertada es la opinión de que la causa 7.^a, del artículo 114, de la LAU—como todas las causas resolutorias—, ha de interpretarse restrictivamente; pero lo cierto es que la praxis de nuestro más Alto Tribunal desmiente constantemente—salvo limitadas excepciones—tal doctrina, aplicando con el máximo rigor la causa 7.^a. Por lo demás, la resolución del caso enjuiciado no podía ofrecer duda alguna, ya que ni con la más amplia y extensiva interpretación de la norma podía sostenerse que la obra afectaba a la configuración. Nótese, sin embargo, que la referencia de la sentencia a la no necesidad de obras de albañilería para la sustitución, si se interpreta con rigor y “a contrario sensu” puede conducir a afirmar que cuando la sustitución de un elemento por otro análogo—por ejemplo, cambio de un fogón, bañera, lavabo, etc., por otro similar—requiera algún trabajo de albañilería, aunque sea elemental, ello determinará un cambio de configuración; tal opinión sería ciertamente inadmisible, aunque desde luego siempre es aconsejable la máxima cautela, a los arrendatarios, en las obras que realicen en los locales arrendados.

36. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: OBRAS DE ADAPTACIÓN DEL INMUEBLE AL FIN DE SU DESTINO: *La autorización concedida al arrendatario para adaptar el inmueble objeto de contrato al fin de su destino, no puede rebasar, en cuanto al tiempo, el momento de la instalación y puesta en marcha del negocio sin extenderse a otras obras posteriores relacionadas con el desenvolvimiento de la actividad mercantil en él ejercida.*

CONCEPTO DE CONFIGURACIÓN: *El concepto de configuración, por no estar definido de manera genérica o abstracta, por ninguna norma legal, requiere, para determinarlo, atender a las circunstancias que concurren en cada caso en concreto, especialmente en lo que se refiere a la distribución y superficie de la finca, tanto en su sentido vertical como horizontal; no es de apreciar cambio de configuración cuando las obras ejecutadas se limiten a cambiar el revestimiento de la fachada y escaparates del establecimiento, sin alterar sus dimensiones y ello aunque el órgano “a quo” las califique de modo distinto.* (Sentencia 2 abril 1974; ha lugar.)

III. DERECHO MERCANTIL

1. FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL: USO MERCANTIL LOCAL: COMISIÓN: *Existiendo un uso mercantil local en Rota para determinado tipo de operaciones de abastecimiento de carnes, en virtud del cual cada operación de adquisición de carnes se acredita mediante un documento, llamado “pandeta”, que se entrega al comisionado cuando abona el precio y que le sirve de título para exigir al comitente su importe, mientras lo tenga en su poder,*

la sentencia recurrida no sólo no viola ningún precepto legal, sino que se inspira, aun sin declararlo, en el último inciso del párrafo 1.º, del artículo 2.º, C. de c., para dar validez a ese sistema de operar habitual en Rota, en este tipo de operaciones, considerándolo suficiente para revelar la voluntad de las partes y su vinculación al sistema indicado, que simplifica y garantiza la obligación, su prueba y su eficacia. (Sentencia 30 marzo 1974; no ha lugar.)

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: DEFECTO DE CONVOCATORIA: *Como confirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1957, la presencia de todos los socios impide que la nulidad de los acuerdos pueda fundarse en defectos de la convocatoria.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: DERECHO DE INFORMACIÓN: *Dado que el artículo 110-1 LSA habla de accionistas, no de consejeros, y habida cuenta del carácter de tal actor, no cabe estimar indefensión de éste, por violación del derecho de información, por el simple hecho de que no estuvieran los documentos a que se refiere el artículo 108 LSA en la sede social quince días antes de la celebración de la Junta, a lo que se une la propia conducta del actor que no pidió información alguna antes de la celebración de la Junta, ni en la Junta misma, de la cual se ausentó a poco de comenzar.* (Sentencia 6 julio 1973; no ha lugar.)

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: ACTOS REALIZADOS EN NOMBRE DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA NO INSCRITA: *Resulta evidente que la sociedad anónima no tiene existencia por falta de inscripción, que ésta debe conseguirla el actor y si no lo hace, como ocurre en el caso de autos, es responsable ante las personas con las que hubiere contratado en nombre de la sociedad* (Sentencia 28 junio 1973; no ha lugar.)

4. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CONVOCATORIA DE LA JUNTA: *La forma en que se convocó la Junta ("aplicación, si procede, de los apartados c) y d) del artículo 8.º de los Estatutos"), unido a la carta citada, en la que se le comunicó al recurrente el propósito de ceder acciones a los productores, hace que sea plenamente concreto y determinado el objeto de la Junta, por lo que no procede estimar la violación del artículo 53-2 LSA.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: DERECHO DE INFORMACIÓN: *No se impidió al socio el ejercicio del derecho de información que recoge el artículo 110 LSA, si, personado en el domicilio social para examinar el Balance, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria explicativa e informe de los censores, se le contestó que volviera más tarde, pues se estaban fotocopiando.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Como quiera que un documento de la Delegación de Hacienda conforme al cual el balance presenta resultados diferentes, por su carácter administrativo fiscal no puede servir de base a un recurso de casación, según la constante y reiterada doctrina jurisprudencial y sin perjuicio de la acción de las autoridades de dicho orden, no puede prosperar el motivo de casación alegado por error de derecho en la apreciación de las pruebas.* (Sentencia 12 mayo 1973; no ha lugar.)

5. SOCIEDAD ANÓNIMA: ADMINISTRADOR: APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL FACTOR NOTORIO: *El gerente de una empresa o establecimiento comercial por cuenta ajena; autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, tendrá el concepto legal de factor, conforme al artículo 283 C. de c., carácter de mandatario que expresamente reconocía a los Administradores de las Sociedades Anónimas el antiguo artículo 156 del C. de c. y que va implícito en el artículo 71 LSA, que les otorga no sólo el apoderamiento, sino la representación; y a tenor del artículo 286 C. de c., los contratos celebrados por un factor, cuando notoriamente pertenezcan a una Empresa o Sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aunque el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades, etc.* (Sentencia 19 abril 1974; no ha lugar.)

6. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: DERECHO DE VOTO DEL ACCIONISTA: *Pese a que las acciones estaban embargadas, "no hay que olvidar que la condición de accionista va unida a la titularidad de la acción y que, a diferencia de los derechos patrimoniales del mismo, el voto constituye un derecho personal que por su especial naturaleza no puede ser enajenado con independencia de la acción y habrá de ser ejercitado necesariamente por el propio titular, por sí o por medio de representante (artículos 48, 51, 59 y 64 LSA). Por lo que al impedir la intervención del titular de determinadas acciones y haber sido admitido indebidamente en su lugar a la Junta General un mero depositario-administrador de ellas, sin título alguno de representación para actuar, es clara la ineficacia constitutiva de dicha Junta General, así como la ineficacia de los acuerdos adoptados en la misma".* (Sentencia 14 marzo 1974; ha lugar.)

7. SOCIEDAD ANÓNIMA: DISOLUCIÓN: *Para que una sociedad anónima pueda disolverse al amparo del núm. 2 del artículo 150 LSA, por imposibilidad manifiesta de cumplir el fin a que estaba destinada, es indispensable, bajo pena de nulidad, como expresa el núm. 2, del artículo 84, que tal medida se haya acordado en Junta General, con la concurrencia de votos y capital establecida en el artículo 58, según se infiere del artículo 152, requisito del que no puede prescindirse, acudiendo directamente ante los tribunales, cuando su patrimonio social esté representado por acciones al portador, por la circunstancia de que la Entidad esté integrada exclusivamente por dos socios o grupos de ellos, numéricamente iguales y con idéntica participación. Porque en este caso ninguno de los socios o grupo de ellos está impedido para solicitar de los administradores (art. 56 y 152), o del Juez de Primera Instancia (art. 57), la celebración de la oportuna junta en la que podía lograr el acuerdo disolutorio, y únicamente podrá acudirse ante el Órgano jurisdiccional, mediante la tramitación establecida en los artículos 67 y ss., cuando concurriendo la causa 2.^a del artículo 150, fuera imposible obtener la disolución por empate o carencia de las mayorías de socios o "quorum" exigidos por la ley.* (Sentencia 23 marzo 1974; ha lugar.)

8. CAPACIDAD: SOCIEDADES EXTRANJERAS: *En armonía con el artículo 9*

del C. c., tiene reiteradamente declarado esta Sala que, tratándose de la capacidad legal de los extranjeros—entre lo que ha de encuadrarse la existencia y constitución de las personas jurídicas y a sus órganos representativos—, basta para acreditarla que se haya sujetado a las formalidades exigidas en su país.

Es jurisprudencia reiterada que los defectos determinantes de la falta de personalidad procesal son subsanables en cualquier período del juicio. (Sentencia 29 mayo 1974; ha lugar.)

9. LETRA DE CAMBIO: REPRESENTACIÓN: AVAL: *El hecho de que no figurase en la aceptación indicación del poder, ni siquiera con la fórmula P. P., es intrascendente, ya que el demandado era el representante legal de la sociedad y su firma aparecía precedida de la antefirma con el nombre de la sociedad, por lo que se trataba de un supuesto de representación necesaria, que hacía innecesario que así se hiciese constar en la aceptación.*

. Por el contrario, la firma del demandado en el lugar en que normalmente firma el avalista, sin nota ni antefirma alguna, hace pensar que fue hecha en su propia personalidad y en calidad de fiador del pago de la letra, sin que afecte a su eficacia el hecho de que fuera el propio librador el que hiciere constar a máquina “por aval” antes de la firma, ya que el C. de c. no señala formalidad alguna que deba ostentar la declaración cambiaria del aval, limitándose a señalar que se trata de una “obligación escrita”. (Sentencia 10 junio 1974; no ha lugar.)

10. LETRA DE CAMBIO: EJERCICIO DE LA ACCIÓN CAMBIARIA EN JUICIO ORDINARIO: *Aunque es cierto que de la letra de cambio protestada en tiempo y forma puede surgir el juicio ejecutivo al que se refieren los artículos 1.429 y ss. LEC, ello no obsta para que el librador de la letra de cambio aceptada y solidariamente avalada, aun sin que mediara el protesto, pueda ejercitarse la acción cambiaria o contra el fiador solidario, utilizando aquélla como mero documento acreditativo del adeudo.* (S. 27 noviembre 1974; no ha lugar.)

11. EXIGIBILIDAD DE INTERESES LEGALES: COMPRAVENTAS MERCANTILES INDIVIDUALIZADAS: *No están obligados al pago de los intereses legales que concede el artículo 1.108 del C. c. las personas a quienes se reclaman mayores cantidades de las debidas, ni aquellas otras a quienes se absuelve de satisfacer el importe de alguna de las partidas incluidas en una liquidación contra ellas presentadas; sin embargo, “esa doctrina no es aplicable cuando se acumularon en la demanda diversas acciones encaminadas, cada una de ellas, a obtener el pago del precio de unos contratos de compraventa mercantil perfectamente individualizados, porque respecto de cada uno de ellos el comprador debe cumplir la obligación que le impone el artículo 339 del C. de c, incurriendo, en caso contrario, en la sanción establecida en el artículo 341 del mismo cuerpo legal, que se traduce en el abono de intereses”.* (Sentencia 12 julio 1973; no ha lugar.)

12. COMISIÓN MERCANTIL: FALTA DE MENCIÓN DE LA IDENTIDAD DEL PG-

DERANTE: EFECTOS: *La sentencia recurrida establece en su segundo considerando, como hecho probado básico, que el firmante del contrato discutido no intervenía en nombre propio, sino en representación y por poder, como hizo constar con las iniciales P. P. usuales en tales casos; hecho no combatido en el recurso que invoca la violación del párrafo 1.º del artículo 247 del C. de c., pretendiendo que al no haberse declarado el nombre, apellidos y domicilio del poderdante es nada menos que causa de nulidad del contrato, como si se tratase de un requisito formal exigido "ad solemnitatem" cuando el alcance de este precepto no es otro que el de la seguridad en la contratación con el pleno e indubitable conocimiento de las personas contratantes, lo que en el presente caso ocurre, y que en el peor de los supuestos su falta no tendría otra sanción que la prevista en el párrafo 2.º del propio artículo invocado.*

DOLO Y CULPA: *Los artículos 1.102, 1.103 y 1.104 del C. c. establecen claramente la diferencia entre dolo y culpa; y mientras el 1.102 declara la nulidad de la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo, exigible en todas las obligaciones, porque el dolo es la voluntad consciente de producir un resultado injusto y dañoso, no ocurre lo mismo en el caso de cualquier clase de culpa en la que no hay un propósito deliberado de dejar de cumplir, por lo que la sanción establecida es diversa (arts. 1.103 y 1.104). (Sentencia 28 junio 1974; no ha lugar).*

13. CONTRATO DE AGENCIA: EXTINCIÓN: *Al no calificar la sentencia recurrida el negocio jurídico, del que dimana la reclamación, de comisión mercantil, sino que lo califica como contrato atípico de agencia, falta el apoyo fáctico para que pueda ser aplicado el contenido del precepto del artículo 279 del C. de c. (Sentencia 23 abril 1974; no ha lugar.)*

14. SEGURO DE TRANSPORTE MARÍTIMO: AVERÍAS: MEDIOS DE PRUEBA: CERTIFICADO DEL DIARIO DE NAVEGACIÓN: *En el conjunto de la jurisprudencia se observa una favorable evolución hacia un criterio de apertura con respecto a la necesidad absoluta de aportación de los documentos a que hace referencia el artículo 769 del C. de c., en el sentido de que pueden presentarse con posterioridad a la demanda y de que, si por cualquier circunstancia no pudieren conseguirse, podría acudirse a los medios generales de quiebra (cita la S. 23 abril 1963). Además, la no rigurosa observancia de una interpretación restringida del artículo 769, tiene una mayor justificación en el hecho de que en las pólizas del seguro contratado, redactadas por la propia Compañía aseguradora, precisamente para prevenir mejor cualquier eventualidad de fraude o engaño, estableció una cláusula final especial "por la que se impone al asegurado que, en caso de avería, ha de dirigirse a la persona o entidad que determina para cada uno de los puertos de desembarque de la mercancía, sin cuya intervención la Compañía queda exenta de responsabilidad", con lo que, al imponer la intervención de los Comisarios de averías, modificó la justificación documental necesaria para las reclamaciones, modificación que viene autorizada por el artículo 738 del C. de c. (Sentencia 4 junio 1974; ha lugar.)*

15. QUIEBRA: RETROACCIÓN ABSOLUTA: EFECTOS: *La pretensión de tener que ser llamados a juicio todos los contratantes que intervinieron en la escritura cuya nulidad se pide, no es de aplicación al presente caso, porque dicha argumentación podría tenerse en cuenta en el supuesto normal de desenvolvimiento de relaciones jurídicas, pero no en un estado de declaración de quiebra del vendedor de unos vienes durante el período de retroacción, en el que, a consecuencia de la inhabilitación absoluta de aquél, no ha de tenerse para nada en cuenta la finalidad que se persiguiera, ni las personas con quien los realizará, ya que el artículo 878, 2º, del C. de c., no permite reserva de clase alguna en favor de terceros, sino única y exclusivamente cuando éste se crea perjudicado con la fecha señalada de rotación, para reclamar contra ella, en los autos de quiebra.* (Sentencia 26 marzo 1974; ha lugar.)

16. QUIEBRA FRAUDULENTA: LLEVANZA DE LIBROS MERCANTILES: *Con la finalidad de garantizar los derechos de los comerciantes y de cuantas personas se relacionen con ellos, nuestro Derecho positivo impone a los comerciantes la obligación de llevar determinados libros mercantiles, que describen los artículos 33 a 47 del Código de Comercio de 1885, sancionándose la inobservancia de este deber, cuando el comerciante fuese declarado en quiebra, con la calificación de ésta de fraudulenta, conforme a lo dispuesto en los artículos 890, número 3º, y 891 del citado Código, siempre que el incumplimiento fuera absoluto o la verdadera situación económica del quebrado no se reflejara en los asientos de su contabilidad, y como en el presente caso no efectuó, en los llevados por el recurrente, la anotación de operación alguna, después de su apertura, ni se desprende de ellos la verdadera contabilidad de su actuación, es procedente la calificación de quiebra fraudulenta hecha por el Tribunal "a quo", sin que a ello obste el que de forma extracontable se haya podido fijar un déficit en la economía de dicho señor por los interventores, porque ni los datos que condujeron a ese resultado se extrajeron de los libros, a que se ha hecho referencia, cual sería preciso para sustraer de la presunción ordenada por el artículo 891, ni la simple posesión de aquéllos sin anotación alguna equivale a llevarlos, imposibilitando la aplicación del número 3º, del 890, ni, en todo caso, dada la fecha de la calificación de la quiebra, anterior a primero de enero último, habría entrado en vigor la Ley de 21-7-1973, que, por otra parte, no exime de la total llevanza de libros, por todo lo cual el recurso no puede prosperar.* (Sentencia 8 octubre 1974; no ha lugar.)

IV. DERECHO PROCESAL

1. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: MARIDO REPRESENTADO POR LA MUJER EN CONTRATO DE COMPRAVENTA: *Es incuestionable que el marido en cuyo nombre dice vender la esposa, puesto que puede resultar perjudicado en la decisión a que el juzgador llegue, es también parte interesada que preceptivamente debe ser escuchado en el pleito propuesto por la compradora contra la esposa.* (Sentencia 22 mayo 1974; no ha lugar.)

Se debatía sobre un contrato de compraventa de un piso, autorizado notarialmente el 16 de diciembre de 1970, donde figura como compradora la hoy recurrente y en el que quien vende, que es la actual recurrente, dice expresamente que es casada y que actúa en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su marido, del que tenía poder general para toda clase de actos dispositivos, otorgado con autorización notarial en España el 25 de septiembre de 1958. Dicha vendedora, aunque nacida en La Coruña, tenía nacionalidad cubana y en pleitos anteriores había alegado la situación de un régimen matrimonial de separación de bienes e incluso la condición de divorciada consiguiente a una sentencia obtenida en La Habana en 1969. Ninguna alusión se hace, sin embargo, a tales circunstancias en el contrato discutido, en el que actúa como vendedora en nombre propio y en el del marido.

2. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECONOCIMIENTO TÁCITO DE PODER: *La actividad ejercitada ante el Juzgado, a la que se imputa el tácito reconocimiento de la personalidad del procurador, es el planteamiento de la declinatoria y en ella no podía proponerse una cuestión a resolver que hubiera supuesto acatamiento a su competencia.* (Sentencia 23 febrero 1974; ha lugar.)

La parte recurrente planteó al Juzgado por declinatoria la excepción de incompetencia de jurisdicción. Resuelta ésa por la Audiencia Territorial, opuso la excepción de falta de poder del procurador, excepción que es rechazada, por la resolución recurrida, alegando que había un reconocimiento tácito del poder, al haber planteado la cuestión de competencia en torno a la demanda que por dicho poder se planteaba.

3. QUIEBRA: RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN APRECIANDO LA SUFICIENCIA DEL PODER DEL PROCURADOR QUE LA INICIO: *Según el artículo 1.690 LEC, son recurrible en casación, a más de las sentencias que ponen término al pleito, los que recayendo sobre un incidente o artículo ponen término al pleito haciendo imposible su continuación, y, si no cabe la casación contra la resolución dictada en juicio de quiebra desestimando una cuestión de competencia, tampoco es lógico que se estime definitiva la que aprecie la suficiencia del procurador que la inició, pues no pone término al pleito principal, sino que lo que manda es seguir su trámite y, por tal, no está comprendido en el artículo 1.690, 1º, LEC. Además, el artículo 403 LEC establece que procederá el recurso contra las sentencias definitivas y los autos que pongan término al pleito, dictados por las Audiencias en segunda instancia, y que contra las demás resoluciones que se dicen en apelación no se dará recurso alguno, salvo el de responsabilidad.* (Sentencia 29 mayo 1974; no ha lugar.)

4. MOELO DE UTILIDAD: ACCIÓN DE NULIDAD: RENUNCIA A LA MISMA: *Según reiterada doctrina, la renuncia de acciones no puede estimarse tácita más que cuando se infiere necesariamente de una actitud o conducta que denote de manera evidente la voluntad de renunciar y que esa declaración de voluntad ha de ser terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducir la de actitudes de dudosa significación, por lo que en el caso discutido ni puede estimarse*

renunciante al actor, ni tachar por tal la sentencia de incongruente. (Sentencia 23 mayo 1973; no ha lugar.)

Teniendo en cuenta que el actor en la demanda solicitó la nulidad del modelo y que cumplió todos los requisitos del período expositivo del litigio, el hecho de no comparecer en la Audiencia, en donde sólo tenía que asistir o no a la vista, no puede estimarse como renuncia de su acción.

5. JURISDICCIÓN CIVIL: DESAHUCIO DE UNA ENTIDAD EN UN EDIFICIO PROPIEDAD DEL ESTADO: *Acreditado en la instancia, por las diversas pruebas históricas presentadas, que la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla ocupa en la Casa-Lonja de la misma ciudad unos locales por simple condescendencia del Estado, propietario de ese edificio, donde está instalado el Archivo de Indias, ya que la Cámara no es sino la continuadora de la ocupación precaria que tuvieron en su día el Consulado marítimo y terrestre y luego el Tribunal de Comercio, el problema sobre el desalojo de aquellos locales es una pura cuestión de Derecho civil, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria.*

DEFECTO DE JURISDICCIÓN: *La sentencia recurrida ha incurrido en este defecto dejando de conocer un asunto en que debió hacerlo, puesto que ni objetivamente se trata de la adscripción o afectación de bienes a Organos de la Administración a los fines de la Ley del Patrimonio del Estado, ni subjetivamente la Cámara de Comercio pueda sostenerse sea un Organismo autónomo incluible en el Decreto de 14 de junio de 1962, habida cuenta de que es una Corporación de interés público de las comprendidas en el artículo 35, 1º, del C. c.; de modo que la normativa de la cuestión ha de ser la propia de las relaciones jurídicas civiles que afectan no sólo a los particulares, sino a las Entidades públicas, cual es el Estado, cuando actúan en esa calidad. (Sentencia 3 abril 1974; ha lugar.)*

6. DERECHO PROCESAL: LETRA DE CAMBIO: COMPETENCIA: *Ejercitándose por el actor la acción derivada de tres letras de cambio por vía ordinaria, en las cuales y en el acepto de las mismas, respaldado por la firma del demandado como aceptante, aparece literalmente transcrita: "acepto, fecha, cantidad, vencimiento y jurisdicción de los tribunales de Zaragoza", sin que se haya opuesto tacha de falsedad en el protesto, es incuestionable que la presente cuestión de competencia ha de resolverse en favor del Juzgado determinado por la cláusula de sumisión pactada (S. 21-12-1972), sin que a ello se oponga el que la sumisión se exprese en el acepto (S. 16-4-1973) ni el que figuren domiciliadas, en el que lo es del aceptante, pues mediando la primera de las reglas sobre competencia, cual es la sumisión, ha de prevalecer sobre las demás. (Sentencia 22 junio 1974.)*

7. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: VENTA Y SERVICIOS: *El lugar en que un contrato debe tener lugar o ha tenido efecto para alguna de sus obligaciones es el propio para exigir el cumplimiento de las demás, el Juez que es competente para conocer del cumplimiento de un contrato lo es para conocer de las acciones por su incumplimiento y de las cuestiones que tienen relación con el*

contrato cualquiera que sea su índole. (Sentencia 5 junio 1974; cuestión de competencia.)

8. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: DAÑOS POR ACCIDENTE: *La competencia para conocer de una demanda, como consecuencia del accidente sufrido por un coche, corresponde al Juez o Tribunal, del preciso lugar en que el accidente ocurra. (Sentencia 29 abril 1974; cuestión de competencia.)*

9. RECURSO DE NULIDAD: LAUDO DICTADO FUERA DEL PLAZO: *Es nula la prórroga del plazo fijada por la sola voluntad del árbitro, por cuanto cada uno puede tomar, ante una notificación semejante no un criterio determinado, sino el que conviene fundado en el conocido "el que calla, no dice nada". (Sentencia 28 febrero 1974; ha lugar.)*

El árbitro aceptó el cargo con la condición de que en el plazo de quince días las partes le proporcionasen la documentación necesaria; al tardar las partes treinta y cinco días en darle dicha documentación, prorrogó el plazo en veinte días. El recurrido alega que al serles notificada notoriamente, dicha prórroga, la parte recurrente guardó silencio, lo que significa consentimiento en la prórroga.

10. PRUEBA: CONFESIÓN EN JUICIO: *No cabe fraccionar la prueba de confesión de una parte, recogiendo, de las contestaciones formuladas, aquellos extremos que estima más acordes con sus pretensiones, valorándolas e interpretándolas aisladamente, deduciendo hechos contrarios a los sentados por el Juzgador de instancia de la documental aportada, cuando, como reiteradamente tiene declarado la Sala I, ninguna preferencia otorga la ley a esta prueba sobre las demás practicadas, con las que, en su caso, ha de ser conjugada, sin que pueda dividirse ni valorar parcialmente sobre hechos que resulten probados.*

INJUSTICIA NOTORIA: CLARIDAD DEL RECURSO: *No cabe involucrar, en un mismo motivo, cuestiones de hecho y de derecho. (Sentencia 7 junio 1974; no ha lugar.)*

11. PRUEBAS PARA MEJOR PROVEER: *Es cierto que la facultad concedida a los jueces y tribunales por el artículo 340 de la LEC, como excepción al principio rogatorio básico en nuestro sistema procesal, no tiene por objeto ni debe utilizarse para suplir las deficiencias que procedan de negligencia de los litigantes o de la dificultad de superar los obstáculos de la aportación de las pruebas, pues ello supondría apartarse de la imparcialidad que debe ser norma de actuaciones de los Tribunales, pero es indudable que, salvo este supuesto, la referida facultad es y fue configurada por la misma doctrina jurisprudencial como absoluta, sea cual fuere el contenido del documento de que se trate, no pudiendo ser discutido por las partes y gozando de idéntico efecto probatorio que las pruebas propuestas por éstos en el pleito y no siendo susceptible de recurso la resolución en que se adopte, lo que impide el planteamiento, en la materia, de un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio. (Sentencia 9 mayo 1974; no ha lugar.)*

NOTA: La facultad de acordar pruebas para mejor proveer constituye un magnífico instrumento para templar el excesivo rigor del principio dispositivo imperante en nuestro Derecho procesal civil; cierto es que existe el riesgo que apunta el T. S. en la anterior sentencia, pero dicho riesgo es mínimo en relación a los inconvenientes, sin duda mayores, para la consecución de la justicia que supone la exacerbación del principio dispositivo. El verdadero riesgo de las diligencias probatorias para mejor proveer no radica en que las mismas se utilicen para subsanar la pasividad de las partes —debida las más de las veces a deficiencias en la defensa técnica de las mismas—, sino en su empleo para dilatar el curso del proceso y especialmente para ampliar en la práctica, hasta extremos a veces inconcebibles, el plazo legal para dictar sentencia, corruptela nada infrecuente que causa graves perjuicios a las partes y des prestigio a la Administración de Justicia. Otra corruptela que se advierte es la de acordar, para mejor proveer, pruebas propuestas por las partes y cuya admisión se rechazó —o su práctica no se realizó— en el período ordinario de prueba; es absurdo que se rechace la admisión de una prueba que luego se acuerda para mejor proveer y la única explicación lógica que las partes darán a tan extraña actitud del Juzgador será la de que la denegación de la prueba se acordó “en Secretaría” y luego, el Juez, al disponerse a fallar, advirtió la necesidad de la misma; en cuanto al hecho de no practicarse la prueba en el período ordinario y acordarse luego su práctica para mejor proveer, se deberá, en los más de los casos, a una tónica dilatoria absolutamente recusable.

12. CONGRUENCIA: SENTENCIA ABSOLUTORIA: *En las sentencias absolutorias no cabe que se someta la infracción de incongruencia.* (Sentencia 27 septiembre 1974; no ha lugar.)

13. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Como proclama la reiterada doctrina de esta Sala el error de hecho que puede combatirse con el amparo del núm. 7, del artículo 1.692 LEC, ha de consistir en que la sentencia afirme la existencia de uno elemental de la prueba, que sea base esencial de la sentencia y que por un documento o acto auténtico que obre en los autos se demuestre la equivocación evidente padecida y resulten de haber el juzgador negado lo que el documento dice o afirmado lo contrario de lo que el mismo demuestra.*

14. SOCIEDAD ANÓNIMA: DERECHO DE INFORMACIÓN: ADMINISTRADORES: *El hecho de que el recurrente ostentara en el momento de celebración de la Junta cuestionada el cargo de Secretario y Consejero de la Sociedad, implica, salvo prueba en contrario, el conocimiento de los libros, cuentas y documentos de la misma, por lo que no cabe alegar violación del derecho de información.* (Sentencia 23 junio 1973; no ha lugar.)

15. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: “... la viabilidad de este concepto de infracción requiere, cual proclama la reiterada doctrina de esta Sala, que el juzgador haya infringido un precepto legal que otorga a determinado medio probatorio un valor relevante, con la precisa cita del concepto de dicha infracción...”. (Sentencia 30 junio 1973; no ha lugar.)

16. CASACIÓN: MOTIVO: FALLO CONTRADICTORIO: *El fallo de la sentencia recurrida debe reputarse contradictorio, pues la condena al pago de la can-*

tidad reclamada por la parte actora choca y pugna abiertamente con la paralela estimación de la solicitud reconvencional de que se practique la liquidación definitiva, pues la obligación de las partes de practicar sus cuentas definitivas, compensándose las diferencias que puedan existir, es señal evidente de que la cantidad reclamada por la parte actora no es líquida, ni por tanto exigible, y, sobre todo, es incompatible en cuanto a su posible exigencia con la pendencia del resultado definitivo que arroje la rendición de cuentas que asimismo se ordena, sólo después de la cual podrán saberse con exactitud los respectivos saldos de las partes litigantes. (Sentencia 9 marzo 1974; ha lugar.)

17. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RESOLUCIÓN NO DEFINITIVA: *Conforme a lo dispuesto en el núm. 1.º, de los artículos 1.689 y 1.690, en relación con el núm. 1.º del 1.752, todos LEC, no cabe el recurso de casación, cualquiera que sea su clase, sino contra las resoluciones de las Audiencias que tengan el concepto de definitivas; no ostentan este carácter las recaídas en los incidentes de oposición a un embargo preventivo, ya que no ponen término al pleito principal, ni hacen imposible su continuación. (Sentencia 3 julio 1974; no ha lugar.)*

18. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *No es lícito al juzgador modificar la causa de pedir ni rebasar la extensión de lo pedido, sin que pueda cambiar la acción ejercitada. (Sentencia 1 abril 1974; ha lugar.)*

La demanda solicitaba la rescisión de un contrato de compraventa mercantil, por ser la mercadería entregada de inferior calidad a la apalabrada. La contestación solicita la absolución y por reconvenCIÓN pide que se condene a pagar la totalidad de las mercaderías. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en todos sus puntos; la Audiencia falla que se ha de pagar la parte de mercadería que corresponde a la calidad apalabrada, descontándose del precio final las mercaderías de inferior calidad. El T. S. casa la sentencia de la Audiencia y confirma la de Primera Instancia.

19. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No son auténticos, a efectos de casación, los documentos que fueron tenidos en cuenta por la Sala de instancia, en el examen conjunto de la prueba.*

PRESUNCIOS: *Es indudable que el juzgador de instancia está facultado para utilizar la prueba de presunciones cuando de los hechos resultantes de la valoración de los demás medios probatorios practicados pueda obtener, por vía deductiva, su convicción integradora de la base de la resolución que dicte. (Sentencia 1 junio 1974; no ha lugar.)*

20. CASACIÓN: CUESTIÓN DE HECHO: *Siendo el problema planteado eminentemente de hecho, su planteamiento está correctamente al amparo del número 7.º del artículo 1.692 LEC, pero no lo está bajo los auspicios del número 1.º del mismo artículo, que sólo ha de amparar interpretaciones en derecho, a partir de hechos intangibles.*

PRUEBA: *No es lícito ir conculcando por separado y poniendo de relieve las deficiencias de que adolece cada uno de los medios de prueba utilizados*

por la instancia, que acude, según propia expresión: "a los principios de la lógica razonable", conforme a la cual examina los resultados conjuntos de la prueba. (Sentencia 7 mayo 1974; no ha lugar.)

21. RECURSO DE NULIDAD: PRÓRROGA DEL PLAZO. POR LOS ARBITROS: *La normativa reguladora de los arbitrajes de Derecho privado, al conceder a los interesados el derecho de imponerles el deber de señalar a los árbitros el plazo dentro del cual ha de ser emitido el laudo, viene a facultarlos, de manera tácita, para otorgar prórrogas de dicho plazo, e incluso, para que autoricen a los propios árbitros a prorrogarse dicho plazo, siempre, claro está, que quede previamente determinada la duración de la prórroga.* (Sentencia 9 mayo 1974; no ha lugar.)

En la escritura de arbitraje las partes pactaron un plazo de cuatro meses prorrogable, por los propios árbitros, por otros dos, facultad de la que hicieron uso los árbitros; el recurrente alegaba ser nula dicha cláusula y, por lo tanto, que el laudo se había dictado fuera de plazo.

22. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, no es suficiente citar el número del artículo 1.693 LEC que lo ampare, es necesario, además, expresar la resolución originadora de la infracción.*

RECEBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: *La falta de recibimiento a prueba no integra por sí sola "vicio in procedendi", porque, según establece el número 3º del artículo 1.693 LEC, se requiere que sea procedente con arreglo a Derecho. Igualmente la denegación de cualquier diligencia de prueba tampoco puede originar, sin más, la estimación del recurso, ya que el número 5º, del mismo precepto exige, que la prueba propuesta y denegada, sea procedente su admisión.* (Sentencia 18 junio 1974; no ha lugar.)

23. INJUSTICIA NOTORIA: SUPUESTO ERROR DE HECHO: *Los cuatro documentos aducidos: escrito de contestación a la demanda, contrato celebrado a la muerte del anterior arrendatario, declaraciones a Hacienda a efectos fiscales y la certificación del Secretario del Ayuntamiento, no puede acreditar el supuesto error de hecho por haber sido examinados, interpretados o temidos presentes por el órgano "a quo" y porque, por sí mismo y dada su naturaleza intrínseca, son insuficientes para el fin pretendido, de acuerdo con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.* (Sentencia 13 julio 1974; no ha lugar.)

24. INJUSTICIA NOTORIA: NATURALEZA DEL RECURSO: *El recurso de injusticia notoria, supone una aportación de los recursos de casación, en sus dos especies de infracción de ley y de quebrantamiento de forma, hecha con finalidad arrendaticia, por lo que supone un recurso extraordinario, cuyas características son: 1.ª Su aspecto eminentemente formal, y 2.ª La posibilidad de que, al faltarse a alguno de los requisitos de "forma", pueda sin más, rechazarse el motivo.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *El error de hecho es el acogido en la causa 4.ª del artículo 136 LAU, y el de derecho sólo puede alegarse al amparo de la*

causa tercera del mismo precepto legal, por infracción de precepto y de doctrina legal, con cita de cuál sea sea el precepto infringido, señalándose también el motivo de la supuesta infracción.

DEFECTOS DEL RECURSO: *No es posible agrupar en un solo motivo la infracción de los artículos 1.249 y el 1.253, ambos del C. c., por entender que el 1.^º puede suponer un error de hecho y el 2.^º un problema de derecho.* (Sentencia 27 junio 1974; no ha lugar.)

25. INJUSTICIA NOTORIA; INCONGRUENCIA: *El ámbito decisorio del Tribunal de segundo grado, cuando la apelación se circunscribe a determinados extremos de los que fueron objeto del debate en la Primera Instancia, ha de reducirse a resolver las cuestiones que le fueron sometidas, sin que pueda extenderse a revocar aquellos pronunciamientos de la del Juzgado que, no habiendo sido apelados, quedaron firmes por conformidad de las partes.* (Sentencia 25 mayo 1974; ha lugar.)

Se presentó demanda de resolución de contrato de arrendamiento por traspaso y obras inconsentidas. El Juzgado estimó el traspaso y desestimó la obras; la parte demandada apela, sin que el demandante apele o se adhiera a la apelación de la demandada; la Audiencia rechaza el traspaso y estima las obras, inconsentidas. El T. S. casa la sentencia de la Audiencia y declara firme la inexistencia de obras por no haber apelado, y la inexistencia del traspaso por no haber, la demandada, recurrido la sentencia de la Audiencia.

26. INJUSTICIA NOTORIA; RIGOR FORMAL DEL RECURSO: EXIGENCIA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *Es imposible estimar un recurso en que, de manera confusa y conjunta, se alega violación, por inaplicación de varios artículos del Código civil y de la Ley de Sociedades Anónimas. Es inadecuado el empleo de la 4.^a causa de injusticia notoria para alegar error en la apreciación de la prueba o infracción jurídica, para lo que hay que utilizar la vía de la causa 3.^a.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES ESENCIALES EN INJUSTICIA NOTORIA: *No lo hay por el hecho de que no se haya demandado a quien no había necesidad de demandar —el supuesto subarrendatario o cesionario del local—, ya que no puede decirse que hubiera defecto en la constitución de la relación jurídico-procesal.* (Sentencia 29 mayo 1974; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 1.000,— pesetas
Extranjero ~~1.150~~ 1.150,— pesetas
Número suelto: España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas