

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIX
FASCICULO IV



OCTBRE.-DICBRE.
MCMLXXVI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
Estudios monográficos	
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: <i>Las adquisiciones de inmuebles por la esposa después de la ley de 2 de mayo de 1975</i>	995
ORIOI CASANOVAS Y LA ROSA: <i>La autonomía de la voluntad de Derecho Internacional Privado</i>	1003
JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA: <i>La anulabilidad</i>	1021
FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ: <i>Naturaleza y situación del contrato del "Falsus Procurator"</i>	1047
Vida Jurídica	
Noticias	1137
<i>Las cláusulas de estabilización en los pagos internacionales</i> , por José Bonet Correa	1137

Notas críticas	1141
C. B. <i>El negocio sobre cosa futura, su construcción dogmática</i>	1141
JESÚS DÍEZ DEL CORRAL: <i>Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español</i>	1157

Bibliografía

Libros	1167
---------------	------

BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, RODRIGO: *Derecho de la persona*, por Francisco Rico Perea.—MORENO MOCHOLI, MIGUEL: *El precario*, por José Bonet Correa.—PECCOURT, ENRIQUE: *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, por José Bonet Correa.—*Segunda jornadas italo-españolas de Derecho agrario*, por Carlos Vattier Fuenzalida.

Revista de revistas

A cargo de José Ramón Antón Riesco	1178
---	------

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz	1188
--	------

Jurisprudencia

I Sentencias Comentadas

1. <i>Matrimonio civil celebrado en el extranjero, según la Ley del lugar, no inscrito acatolicidad de los contrayente (Sentencia del T. S. de 4 octubre 1974)</i> , por Luis Arechederra	1224
2. <i>La responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañoso de las personas sometidas a patria potestad o tutela (en torno a la S. del T. S. de 15 febrero de 1975)</i> , por Carlos Rogel Vide	1254
3. <i>Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetaria (comentario a las Sentencias del T. S. de 31 de octubre de 1960, 28 de mayo de 1965 y 14 de julio de 1973)</i> , por José Bonet Correa	1250

II Sentencias	1260
-----------------------------	------

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 XXIX
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXVI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Las adquisiciones de inmuebles por la esposa después de la ley de dos de mayo de 1975

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

Fosar Benlloch plantea el problema de si, tras la última reforma del Código civil, puede el notario autorizar y el registrador inscribir los actos de adquisición por la mujer, sin justificar ésta el carácter privativo del precio o contraprestación; problema que resuelve negativamente en vista de los artículos 169 del Reglamento notarial y 94 del Reglamento hipotecario, cuyos preceptos —dice— «han sido concedidos para un régimen de licencia marital y no de consentimiento recíproco de ambos esposos». Tales preceptos, hoy, «se convierten en argumentos para impedir que los notarios autoricen y los registradores inscriban los actos de adquisición por la mujer casada sin el consentimiento del marido, como exige la interpretación conjunta de los artículos 59, 1.413 y 1.416». Por supuesto, el autor clama por la necesaria reforma de las normas reglamentarias.

Tal argumento no me parece admisible. La supresión de la licencia marital, sencillamente deja sin objeto de aplicación *directa* a los artículos en cuestión, mas estos preceptos los había aplicado por analogía la Dirección General —aun cuando no sin contradicción en sus propias resoluciones y en la doctrina— a las enajenaciones de inmuebles gananciales por el marido sin el asentimiento uxorio requerido por el art. 1.413-1.º; y tras la reforma esta aplicabilidad analógica queda reforzada por el nuevo artículo 65, al dejar en claro definitivamente tal precepto que la falta de asentimiento de la esposa a la enajenación del marido se resuelve en simple anulabilidad de ésta, y estimar una parte de la doctrina que el acto anulable es, en principio y como regla general, inscribible. Si bien Fosar, según hemos visto, parece considerar la enajenación de inmuebles gananciales como un caso de codisposición, lo cual no es la opinión más corriente, pero de ser cierto sí eliminaría la inscribibilidad de la venta por sólo el marido.

Llevando a sus últimas consecuencias la argumentación de Fosar, resulta que antes de la reforma la compra de una finca realizada por la mujer sin licencia podía inscribirse, y después de ella no, conclusión que parece inverosímil y carece de apoyo en la «interpretación conjunta de los artículos 59, 1.413 y 1.416» aducidos por el autor. La supresión

del requisito de la licencia no puede acarrear que el acto sin licencia (ahora no necesaria) encuentre mayores dificultades para su otorgamiento notarial o su acceso al Registro que antes el mismo acto sin la exigible licencia. Los obstáculos que pudieran nacer de los arts. 59, 1.413 y 1.416, es imposible que no existieran antes de la reforma, pues los últimos dos preceptos no han sido reformados, y en la reforma del artículo 59 no hay nada que altere su actitud frente a los contratos celebrados por la esposa.

La única dificultad que cabe oponer a la adquisición de una finca por mujer casada sin la concurrencia del marido procede, en el supuesto de no aportar ésta una demostración concluyente de la procedencia personal de los fondos que han servido para la adquisición, de la supuesta presunción, sobre todo en el terreno hipotecario, de que la mujer contrata entonces como gestora del patrimonio ganancial, es decir, usurpando una competencia del marido. Así lo piensa el registrador García García, para quien «dado lo dispuesto en el artículo 1.412 del Código civil parece evidente que la mujer no puede adquirir por sí sola bienes inmuebles por medio de dinero ganancial, pues tal adquisición representa un acto de administración, cual es la inversión de dinero procedente del caudal común en bienes inmuebles, y para ello se necesita el consentimiento del marido, que, como administrador de los gananciales, es quien debe decidir de qué modo se deben realizar las inversiones».

La presunción de ganancialidad del precio deducida de los artículos 1.401-1.º y 1.407 C. c. daría lugar a la aplicación del artículo 95-1.º del Reglamento hipotecario, a cuyo tenor *cuando se adquieran* (los inmuebles) *por los dos cónyuges, o por uno de ellos sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán a nombre de ambos conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal*. O sea, que interpretando el texto literalmente, se inscribirán como gananciales presuntos, a nombre de ambos cónyuges, las fincas adquiridas por sólo uno de ellos sin declarar la procedencia del precio o contraprestación. Si, pues —se dice—, tales fincas son gananciales, es porque se han empleado fondos gananciales en su adquisición, y por tanto se ha obrado en calidad de administrador de tales fondos, calidad que, con arreglo al artículo 1.412, únicamente compete al marido, y no a la mujer.

Ahora bien: el texto del artículo 95 Rh. procede de la reforma de 1959, y desde entonces se aplica a ambos cónyuges, y a los dos parece aplicable por decirlo así literalmente: «se adquieran por los dos cónyuges o uno de ellos». Texto, como se ve, que no excluye a la mujer: también cuando sea ella la que adquiera a título oneroso los bienes, se inscribirán éstos como gananciales presuntos. De donde resulta que el artículo 95-1.º admite expresamente que la mujer puede adquirir fincas sin demostrar la procedencia del dinero ni aseverar nada su marido acerca de ella. Tal adquisición podía realizarse en el antiguo régimen con licencia material, que es distinta de la aseveración del marido de emplear su mujer fondos propios: el marido se limitaría a autorizar a su esposa para contratar, y ésta, previa licencia de su marido,

sería exclusivamente quien pactase, registrándose la nueva titularidad de la finca, por imperativo legal, en favor de ambos cónyuges y para el consorcio. Mas todavía, si la esposa contrataba sin licencia, la inscripción procedería del mismo modo, añadiendo en ella la cautela ordenada por el artículo 94 del Reglamento hipotecario. Es decir, que según se deduce de los artículos 95-1.º y 94 del citado Reglamento, antes de mayo del 75 una mujer, con licencia marital pero sin intervención del marido en el contrato (la licencia podía ser anterior y aun general), ni prueba de ser suyo el precio, adquiriría válidamente fincas que en caso de acceder al Registro parece que debían figurar en él como gananciales presuntos; e incluso haciendo lo mismo sin licencia, concluía un contrato meramente anulable, pero no nulo, y por tanto válido mientras no se anulase. Mal se le podrían negar ahora, por el hecho de suprimirse el requisito de la licencia, iguales posibilidades.

En el aspecto civil cabe extraer las mismas conclusiones del artículo 1.401-1.º, que considera gananciales las adquisiciones realizadas a costa del caudal común a nombre de uno de los cónyuges, y por tanto también las que realiza la mujer a su propio nombre, de donde se deduce que la mujer tiene derecho a adquirir a su propio nombre, si bien lo adquirido se hará ganancial si no se demuestra el origen privativo de la contraprestación.

En otro aspecto la negativa confundiría la cuestión de la validez del contrato con la, muy distinta, de la procedencia del dinero (en su caso) abonado como contraprestación, y el aspecto civil con el hipotecario. Planteado el tema tras la reforma de 1975, vemos que una esposa insolvente puede comprar hoy ella sola una finca que tenga luego dificultad para pagar, sin que por eso el contrato deje de ser plenamente válido, y con la oportunidad de demostrar en el Registro en cualquier momento que el precio pagado es propio: por ejemplo, producto de un préstamo que acaba de obtener, o abonado directamente por la entidad prestataria al vendedor. La única dificultad que parece haber en todo esto es que a la esposa, sin ser ella administradora de la comunidad de gananciales, se le trata civil e hipotecariamente en la misma forma que a quien lo es, viéndose sometida a una regulación que en relación al marido es muy lógica, pero que para ella no lo es tanto, y mucho menos luego de la reforma. El marido, administrador de la sociedad de gananciales y disponiendo indistintamente de fondos comunes y propios, con frecuencia mezclados e indistinguibles como tales, es normal que haya de probar del modo más estricto la condición privativa de los fondos que sirven para adquirir la finca, la cual, en otro caso, se presume consorcial. Pero para la esposa, que puede no tener acceso a los fondos comunes y si lo tiene las más de las veces será por concesión del marido, no tiene el mismo sentido una presunción que, además de los artículos 1.401-1.º y 1.407, viene fundada en el poder de administrar que corresponde exclusivamente al varón, y no a aquélla.

Ciertamente una adquisición de la esposa realizada a costa del caudal común es ganancial (art. 1.401-1.º), y los bienes empleados como contraprestación se presumen comunes en virtud del artículo 1.407; pero

desde el momento en que los bienes comunes se hallan bajo la administración y disposición del marido, entiendo que cuando la esposa tiene a su exclusivo nombre una cuenta corriente o se halla en posesión de una cantidad de dinero, sería más equitativo presumir en el aspecto civil que se trata de bienes personales suyos.

Sea ello como fuere, lo indudable es que las compras de inmuebles por la mujer sola, aunque hipotecaria e incluso civilmente tengan éstos la condición de gananciales presuntos, son válidas. Si la mujer, para hacer efectivo el precio, ha empleado bienes realmente gananciales, habrá dispuesto de cantidades no exclusivamente suyas y sobre las que no podía disponer, pero ello no atañe a la validez de la compra, tanto más cuanto que, a diferencia de la disposición de dinero ajeno sin derecho, en este caso la mujer tendrá regularmente una legitimación formal para disponer del dinero (una cuenta indistinta, por ejemplo), y, por otra parte, el bien adquirido deviene ganancial, por lo cual habitualmente poco o nada puede perder el consorcio.

Un último argumento, en verdad concluyente, en favor de la plena libertad de la esposa para adquirir inmuebles por sí sola, sin la cooperación del marido y sin demostrar la procedencia del precio (siquiera con sujeción al régimen civil de los artículos 1.401-1.º y 1.407 C. c. y al hipotecario del artículo 95 Rh.), es que la solución negativa habría de aplicarse asimismo a todas las demás adquisiciones del cónyuge no administrador, solución absurda que nadie ha pensado, y que no sólo paralizaría la contratación de la mujer hasta extremos inconcebibles, sino que obligaría a quienes con ella contratasen, en todos y cualesquiera contratos no pertenecientes al ámbito de lo doméstico, a una minuciosa comprobación de la procedencia del dinero empleado para efectuar los pagos, con la consiguiente perturbación general del tráfico.

Todo ello abiertamente contrario, todavía más que a la letra —con serlo, del todo, a la del art. 62— al espíritu de la reforma, que en el aspecto de posibilidades personales de contratar, adquirir y obligarse la esposa, supone la equiparación de los cónyuges: que la mujer tiene las mismas posibilidades y facultades que el marido, y, como corolario, que éstas no podrían ser recortadas con argumentos procedentes del régimen de la sociedad de gananciales, disciplina que únicamente impide a la esposa —porque en los casos normales la ley no le asigna ese papel— actuar tomando el título de administrador de la sociedad, y, por tanto, comprar manifestando que adquiere para la masa común en calidad de gestor de la misma.

Fuera de esto, yo no veo dificultad insuperable en que, de una parte, la esposa tenga ahora una plena e incondicionada facultad adquisitiva, y por tanto todas sus compras sean válidas en tanto actúe en propio nombre, sea ajeno o propio el dinero del precio, y, de otra, la ley señale al supuesto de adquisición por la esposa a costa de fondos real o presuntamente gananciales una consecuencia distinta a la regla general de que lo comprado con dinero ajeno se hace propio: aquí, la consecuencia es la real o presunta ganancialidad de lo adquirido, con la limitación que señalaré más adelante.

No desconozco que, en el caso límite que estoy contemplando, y que con menos frecuencia se producirá en la realidad, de hacer la compra la mujer para ella sin manifestar a la vez que el dinero es propio suyo, se produce una contradicción entre el destino de la finca al acervo ganancial —lo que arguye que el dinero con que se paga el precio es igualmente ganancial— y la consideración de la adquirente como persona que actúa en su propio nombre, ya que no podría hacerlo en una calidad de gestora del consorcio que no tiene. Sin embargo, considero mucho más grave la traba personal que impondría a la autonomía de la mujer la interpretación que impugno de las normas sobre gananciales, que el hecho de que, en virtud de su libertad omnimoda de contratar, pueda hacer uso de fondos cuya administración no le pertenece, pero a los que tiene acceso por voluntad del marido, pues bien podría él negárselo. Entre la solución de poner obstáculos a la libertad de contratar de la esposa a fin de tutelar los poderes de gestión de un marido que no supo protegerse debiendo hacerlo, y la de ajustarse a las líneas maestras de la reforma aun con el riesgo de que la mujer llegue en alguna ocasión a disponer indebidamente de fondos comunes, es clara la opción por esta segunda alternativa, que, en último término, sólo supondrá lesión de los intereses del marido en la comunidad cuando la mujer no alcance a indemnizar el perjuicio causado —caso de causarse— ni con sus propios bienes ni con la parte que le corresponda en los gananciales, a la liquidación.

Por ejemplo: la mujer compra, por un millón de pesetas, sin manifestar la procedencia del dinero, una casa que en realidad vale quinientas mil, y la paga con dinero que extrae de una cuenta bancaria indistinta con su marido. Yo creo que la compra sólo será ganancial si el marido la acepta como tal, pues aun cuando el C. c. no lo diga expresamente, la condición de administrador de la comunidad que confieren al marido los artículos 59 y 1.412 le permite impedir cualquier ingreso de un bien en el patrimonio ganancial mediante negocio jurídico ajeno, si no quiere que tal ingreso tenga lugar. El supuesto, entonces, no podría configurarse como gestión de negocios sin mandato emprendida por la mujer, sino como un obrar de la mujer en nombre propio, que a lo más podría traducirse en virtud de la ley —y paradójicamente— en contratación a nombre de otro sin poder, y el hecho de que aquí se haya empleado el dinero del otro para pagar lo adquirido, no muda la especie. Como si la esposa hubiera empleado dinero procedente de una estafa o del robo de un banco, todo lo cual no afecta a la validez de la compra.

En cualquier caso, la deuda por el precio del bien comprado en principio no gravita directamente sobre la masa ganancial: ni siquiera el hecho de que los bienes adquiridos por la esposa presuntamente se consideren gananciales entraña la directa responsabilidad del consorcio pues no nos hallamos ante un caso en que la mujer puede «legalmente obligar a la sociedad» (art. 1.407). La disposición que presuntamente incluye entre los bienes gananciales los comprados por la esposa no impone responsabilidad alguna al consorcio por el pago de su precio, y

por tanto tal responsabilidad, para existir, habría de deducirse de las reglas comunes del Derecho de obligaciones. Sólo la expresa aceptación, por el marido, del contrato celebrado por su mujer introduce esa directa responsabilidad.

La situación, desde luego, es desfavorable a la esposa adquirente por cuanto el bien, salvo manifestación en contrario del marido, es presuntamente ganancial, y el precio pagado acaso sea suyo, o lo debe ella. Pero peor sería declarar nula la compra, y prohibir a la mujer realizar otras semejantes.

Pensemos, con todo, en el ejemplo anterior, que los fondos con que la mujer paga el precio son gananciales. Por de pronto, el marido puede dejar la adquisición de cuenta de la esposa, y obligarle, constante matrimonio, a que reembolse al consorcio el precio pagado. Mas si la esposa carece totalmente de bienes privativos, no podrá reembolsar entonces y se le cargará en cuenta tal precio pagado por la compra de la casa para cuando se liquide la sociedad, o bien, de no oponerse el marido a la condición ganancial del inmueble, en la liquidación se cargaría a la mujer, como daño causado al consorcio, la diferencia entre el millón de pesetas y el valor real de la cosa comprada.

Yo no pienso, con todo, que estas consideraciones tengan influencia sobre la inscripción de la finca, que habría de realizarse conforme al apartado 1.º del artículo 95 Rh. El registrador García García no es de esta opinión. En un documentado trabajo, y tras negar el acceso al Registro de aquellas compras realizadas por la mujer con declaración expresa de ser ganancial la adquisición (lo cual podría fundarse en que entonces aparece claro el carácter del contrato como en favor de tercero) afirma que tampoco es inscribible aquella adquisición en que la mujer contrata sin intervención del marido y no expresa la procedencia privativa del dinero invertido en la compra.

En favor de esta opinión cabría alegar la semejanza entre ambos supuestos (no tanta, sin embargo, pues en el segundo la esposa puede demostrar luego la procedencia privativa del dinero, o el marido afirmarla); o bien el principio *nemo invitus locupletari potest*, e incluso que la adquisición puede ser dañosa para el consorcio, como si se trata de una casa en ruinas que al derrumbarse causa luego cuantiosos daños. Ahora bien: de ahí no se deduciría la nulidad del negocio, sino la inviabilidad de su acceso al Registro por no disponer de medio hábil de declarar la exacta condición del inmueble y asegurar su disposición por la persona a quien verdaderamente corresponda.

Hasta ahora, intencionadamente, he estado especulando sobre el caso-límite de la adquisición del bien por la mujer sin manifestar la condición privativa del precio o de la cosa. Pero mucho más ordinario será el supuesto de haber tal manifestación unilateral del cónyuge adquirente no corroborada por el otro, de adquirir la finca con fondos propios. Para tal supuesto yo había preconizado, antes de la reforma de mayo del 75, la aplicación del apartado 1.º del artículo 95 Rh, postura que no acepta García García, quien prefiere la inscripción por el cauce del apartado 2.º del propio precepto, pues aun cuando el supuesto legal

es muy distinto (la aseveración del propio adquirente de ser suyo el precio o contraprestación no vincula a su cónyuge), aduce en favor de su tesis los siguientes argumentos:

a) Que la aplicación de la regla 1.^a representa el contrasentido de admitir la validez de la actuación de la mujer como si el dinero pagado fuera parafernalia, y sin embargo incluir el bien adquirido entre los gananciales, como si hubiera sido comprado por el gestor de la comunidad y con dinero consorcial.

b) Que inscribiendo su adquisición conforme a la regla segunda la esposa tiene la seguridad de que el marido no puede enajenar la finca sin consentimiento de ella, pues no le bastaría a aquél la autorización judicial subsidiaria.

c) Que ateniéndose a la regla 1.^a se inscribiría una adquisición ganancial sin contar con la voluntad del marido.

En realidad, tampoco la inscripción por el cauce de la regla 2.^a del artículo 95 satisface todos los *desiderata*, y desde luego el supuesto de aplicación directa de dicha regla, es decir, el de aseveración del marido sobre el origen privativo del precio pagado por la esposa, hace imposible su aplicación por *analogía legis*, pues falta la identidad o semejanza entre esta situación y la de mera afirmación, por la mujer, de ser propio suyo el precio que paga ella misma o el inmueble que adquiere. Es más: en el caso del marido la aplicabilidad de la regla 1.^a me parece clara, y si los cónyuges han de estar equiparados, la misma norma debería aplicarse a la mujer.

No obstante, las razones alegadas por García García, y en particular la de que se inscribiría una adquisición ganancial sin contar con el marido, podrían inclinarnos a encauzar la adquisición de la mujer, precisamente porque ella no es administradora de la sociedad, por la vía de la regla 2.^a, pero bien entendido que entonces no estamos aplicando dicha regla por *analogía legis*, sino llenando una laguna legal con la aplicación de un precepto que no se promulgó para el caso, pero que es el menos inadecuado. Es decir: la nueva regulación de las facultades de la mujer casada ha cambiado el aspecto de sus adquisiciones, en las cuales ya no interviene el marido: las compras de inmuebles ya no se vigilan por él, y, correlativamente, la mujer puede gobernar sin trabas sus bienes personales, y destinarlos o invertirlos libremente. En tales cambiadas circunstancias ha desaparecido, en relación a la mujer, la *ratio* que aconsejó la formulación de la regla 1.^a, y a falta de otra concretamente referida al caso, parece ser la 2.^a la que mejor equilibra los intereses del marido, la mujer y los terceros.

Si del problema de las adquisiciones de la mujer y su constancia registral pasamos al de la enajenación de lo adquirido por aquélla civilmente, pienso que ella debe poder enajenar sola todos los bienes que no sean gananciales, incluidos aquellos respecto de los cuales conste su carácter privativo únicamente por declaración del propio marido, pues éste no podría impugnar la enajenación de un bien que él mismo

reconoció no pertenecer al acervo consorcial. Si bien, hipotecariamente, se exigirá el consentimiento del marido, según previene el artículo 96 Rh para el caso del apartado 2.º del 95.

Más discutible es la suerte de las compras en las que nada manifiesta la esposa sobre la procedencia del dinero o destino del bien; en principio, parece que, inevitablemente, la presunción de ganancialidad autoriza al marido para vender con asentimiento de la esposa o autorización judicial subsidiaria, conforme al artículo 1.413-1.º C. c.

La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado

ORIOI CASANOVAS Y LA ROSA

Profesor Agregado de Derecho Internacional Público y Privado
en la Universidad Autónoma de Barcelona

1. *Introducción.*

Puede parecer una pretensión excesiva ocuparse en unas pocas páginas de un tema tan complejo como el de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado. El propósito que ha inspirado la redacción de estas líneas no es, por supuesto, realizar un examen exhaustivo de los distintos aspectos del tema. Se trata más bien de un intento de reflexión, de carácter muy general, sobre el papel de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado.

Como es sabido, se atribuye a Dumoulin la introducción de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado. En materia contractual la norma sostenida por la estatutaria respecto a la ley aplicable a los contratos era la *lex loci celebrationis*. Si alguna función se atribuía a la autonomía de la voluntad era precisamente la de confirmar la ley del lugar de celebración del contrato porque debía entenderse que las partes deseaban someterse a dicha ley. Dumoulin, en su célebre consulta a los esposos De Ganay, sobre la base de que el régimen económico matrimonial descansaba en un pacto tácito, entiende que debía aplicarse la ley elegida por las partes a los bienes matrimoniales, cualquiera que fuere el lugar de su situación (1). De esta forma la autonomía de la voluntad aparece configurada como un criterio de Derecho internacional privado claro y distinto.

La evolución de las ideas y las transformaciones de la vida económica hicieron que la autonomía de la voluntad adquiriera un gran auge durante el siglo XIX. En pleno triunfo del liberalismo, Mancini estimó que la autonomía de la voluntad era el principio que debía regir en materia contractual (2). Algunos autores de países socialistas han visto

(1) LAINÉ, A.: *Introduction au Droit international privé*, Tomo I, Paris, 1888, págs. 232.

(2) MANCINI, P. S.: "De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uni-

en esto una manifestación de la influencia del capitalismo en el Derecho internacional privado (3). En el mundo anglosajón las ideas de Bentham influyeron en el mismo sentido (4). El principio fundamental era que la ley debía interferir lo menos posible en la actividad de los individuos (*laisser-faire*) y, en consecuencia, éstos debían gozar de la máxima libertad en materia de contratos. Este principio pasó rápidamente del ámbito del Derecho material al campo del Derecho internacional privado, traduciéndose en la consagración legislativa o jurisprudencial de la autonomía de la voluntad.

Nuestro tiempo, que se caracteriza por un dirigismo estatal muy acentuado, no ha suprimido la autonomía de la voluntad. Las codificaciones más recientes de normas de Derecho internacional privado han mantenido el principio. Nuestra reciente reforma del Título Preliminar puede decirse que, si no lo ha introducido, por lo menos lo ha confirmado en nuestro ordenamiento. La función de la voluntad privada en la determinación de la ley aplicable a los actos jurídicos es una cuestión que tiene actualidad y que merece ser examinada a la luz de los problemas y de la evolución legislativa y doctrinal de nuestros días.

2. *Autonomía privada y autonomía de la voluntad.*

El Derecho privado reconoce un importante papel a la autonomía privada. Esta no está constituida por el conjunto de acciones que pueden desarrollar los individuos y que no son objeto de regulación jurídica. La autonomía privada es un poder, reconocido por el ordenamiento jurídico, en virtud del cual los individuos pueden reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que son o han de ser parte. Este poder se manifiesta en la *constitución* de relaciones jurídicas (celebración de contratos, actos de disposición, etc.) y en la posibilidad de *reglamentar* dichas relaciones jurídicas (5). Esta facultad de reglamentación que se atribuye a los particulares se admite dentro del marco constituido por las normas imperativas. Su consecuencia es que las normas establecidas por los particulares prevalecen en cada caso respecto a las normas que no tienen este carácter imperativo, las cuales reciben el nombre de normas dispositivas.

La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado es algo más que la facultad de reglamentación que el ordenamiento jurídico reconoce respecto a las normas dispositivas. La autonomía de la voluntad es un poder de elección de la ley aplicable. La distinción entre la autonomía privada reconocida por el Derecho privado y la

forme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", *Journal du Droit international privé (Clunet)*, 1874, págs. 294-297.

(3) RECZEI, L.: "Die Anknüpfung des Obligationsstatut im internationalen Privatrecht", *Fragen des internationalen Privatrecht*, Berlín, 1958, págs. 200 y sigs.

(4) GRAVESON, R. H.: "Aspects philosophiques du Droit international privé anglais", *Revue Critique de Droit international privé*, 1962, págs. 407.

(5) Cf. Díez-PICAZO, L.: "La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos", *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1956, páginas 1149-1181, en especial, págs. 1149-1170.

autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado arranca de Zitelmann (6). Tomaso Perassi la formuló con extraordinaria claridad al distinguir entre «autonomía contractual», que concibe como una facultad de establecimiento de normas materiales, y que puede consistir en una referencia a disposiciones de una legislación extranjera, y la «autonomía de la voluntad» que opera sobre la elección de la ley aplicable y no sólo sobre la reglamentación de las relaciones (7). Poco después, en 1931, la breve, pero fundamental, tesis de Haudek remachaba la diferencia entre la remisión contractual a una ley extranjera como medio para precisar y completar la voluntad de las partes (*materielle rechtliche Verweisung*) y la cláusula que determina la ley aplicable al contrato (*kollisionsrechtliche Verweisung*) (8). En el curso de esta exposición seguiremos esta distinción entre autonomía privada —facultad de reglamentación que opera respecto a las normas dispositivas— y autonomía de la voluntad, específica del Derecho internacional privado, como poder de elección de la ley aplicable.

En la doctrina española la distinción entre autonomía privada y autonomía de la voluntad no aparece claramente advertida en muchos autores. Las posiciones respecto a la ley aplicable a los contratos mantenidas por nuestra doctrina, antes de la reforma del Título Preliminar, podrían sintetizarse en estas tres grandes corrientes: 1) aplicación de la *lex loci celebrationis*, tesis mantenida con brillantez por el Prof. Aguilar Navarro (9); 2) autonomía de la voluntad que tenía su representante más exímio en el Prof. Miaja de la Muela (10), y 3) adopción de la teoría de los índices de localización, sostenida con gran ingenio por el profesor Pastor Ridruejo (11). El hecho de que el Código civil de 1889 guardara silencio respecto a la ley aplicable a los contratos internacionales hizo que la doctrina que defendía la autonomía de la voluntad tratara de apoyarse en el artículo 255 de dicho cuerpo legal. Pero como este artículo únicamente hace referencia a la autonomía privada mal podía constituir una base suficiente para defender la autonomía de la voluntad, aunque exista —como se ha dicho— un «claro paralelismo» entre una y otra. La identificación absoluta entre autonomía privada y autonomía de la voluntad se encuentra en la tesis de Quero Molares, que concluye

(6) ZITELMANN, E.: *Internationales Privatrecht*, Tomo II, Leipzig, 897, páginas 270 y sigs.

(7) PERASSI, T.: "Sull'autonomia dei contraenti", nota a la Sentencia de 21 de enero de 1928 del Tribunal de Casación italiano publicada en la *Rivista di Diritto Internazionale*, 1928, págs. 516-520 y reproducida en *Scritti giuridici*, Vol. II, Milán, 1958, págs. 173-180.

(8) HAUDEK, W.: *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlín, 1931.

(9) AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho civil internacional*, Vol. II, Madrid, 1973, págs. 363-365.

(10) MIJAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho internacional privado*, 6.^a ed., Volumen II, Madrid, 1974, págs. 216-218.

(11) PASTOR RIDRUEJO, J. A.: "La ley aplicable al fondo de las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1967, págs. 17-35.

lisa y llanamente en la negación de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado (12).

La reforma del Título Preliminar, que consagra la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado, obliga a enfrentarse con las implicaciones que de esto se derivan. La primera de ellas es su distinción respecto a la autonomía privada. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad por nuestras normas de Derecho internacional privado supone que no todas las leyes imperativas de la *lex fori* sean aplicables a las relaciones privadas internacionales; de lo contrario esta previsión legislativa carecería de sentido. Hay, sin embargo, un límite infranqueable por los particulares constituido por la moral y el orden público, por un lado, y las leyes de policía, por otro. La limitación constituida por la moral y el orden público no se confunde con la totalidad de las normas imperativas. El artículo 1.255 distingue claramente entre la *ley*, la moral y el orden público. La aplicación de las leyes de policía encuentra su justificación positiva en el apartado 1 del artículo 8 del nuevo Título Preliminar (13).

3. *Fundamento de la autonomía de la voluntad.*

El hecho de que los particulares puedan elegir la ley que ha de regular sus relaciones jurídicas plantea un problema de gran alcance teórico. ¿Cómo pueden los particulares, no ya reglamentar sus relaciones dentro de lo permitido por las normas dispositivas de un determinado ordenamiento (autonomía privada), sino elegir la ley que ha de regir las relaciones que se proponen constituir (autonomía de la voluntad)? ¿Es que los particulares en las relaciones privadas de carácter internacional tienen un poder legislativo?

La doctrina ha discutido ampliamente estas cuestiones y aquí solamente vamos a recordar —casi simplemente enunciar— las respuestas fundamentales. La que podríamos llamar tesis «clásica» de la autonomía de la voluntad atribuye a la voluntad individual un poder absoluto de reglamentación. Es la doctrina subjetivista que parte del presupuesto, desarrollado por la filosofía kantiana, de que la voluntad constituye

(12) QUERO MOLARES, J.: *El principio de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado*, Barcelona, 1932, pág. 61.

(13) La posibilidad de conjugar la aplicación de las normas de policía con la autonomía de la voluntad fue certeramente señalada hace muchos años, antes de que se le dedicara al tema la atención que ha recibido posteriormente, por Jacques Donnedieu de Vabres y por De Winter. El primero afirmó la existencia de una "policía general del contrato que ofrece un carácter territorial", DONNEDIEU DE VABRES, J.: *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XX^e siècle*, Paris, 1938, págs. 532 y sigs. DE WINTER, en 1940 y mucho antes que se pusiera en circulación entre los especialistas de Derecho internacional privado la noción de normas de aplicación inmediata, hizo referencia a las "disposiciones imperativas que tienen una función social de una importancia tal que no puede ser sacrificada, incluso en los casos internacionales", DE WINTER, L. I.: *W.P.N.R.*, 3675/76, citado en el artículo del mismo autor "Dispositions impératives et contrats internationaux", *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1964, pág. 362.

una ley por sí misma. En el plano jurídico esta concepción se traduce en una equivalencia entre *pacta* y *lex privata*. En los contratos internacionales la cláusula que señala la ley aplicable —el llamado *pactum de lege utenda*— es no sólo la expresión de la autonomía de la voluntad, sino también su fundamento (14). El reproche —sin duda acertado— que se ha lanzado contra esta teoría es que sitúa a la voluntad privada por encima de la ley. Pensar que un contrato pueda derivar su fuerza de sus meras disposiciones sería, como dijo Niboyet, «crear un auténtico principio de anarquía jurídica» (15). El artículo 1091 del Código civil dice que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes...» pero no afirma que sean ley. Esta doctrina subjetivista, plantea además el problema de qué ley ha de regir este *pactum de lege utenda*. Generalmente se afirma que será la ley designada, con lo cual se establece un círculo vicioso por el que la validez de la ley aplicable descansa en la voluntad de los particulares y la validez de dicha voluntad se hace depender de la ley elegida.

Estas críticas a la teoría subjetivista estuvieron a punto de privar de todo crédito a la autonomía de la voluntad. La tesis objetivista lanzada por Batiffol constituyó en su momento una defensa oportuna aunque quizá demasiado tímida. Para este autor la voluntad de las partes es un simple hecho que en los contratos internacionales permite al juez saber cuál de los elementos materialmente localizados de la operación tienen una importancia preponderante en su economía. En otros términos, las partes no eligen formalmente el Derecho aplicable, sino se limitan simplemente a localizar el contrato y es el juez quien deduce la ley aplicable. El juez podrá aplicar la ley elegida por las partes o cualquier otra que responda más adecuadamente a la localización del contrato (16). La tesis de Batiffol parte del presupuesto de que por encima de la voluntad de las partes existe una localización previa ideal de los negocios jurídicos. Rabel le criticó que rebajara la elección de las partes a una simple localización (17) y Louis-Lucas le objetó que las partes se sorprenderían si les dijeran que solamente

(14) LAURENT, F.: *Le Droit Civil International*, Bruxelles, 1881, Vol. 2, páginas 378 y sigs., y Vol. 7, págs. 512 y sigs.

(15) Nota de J. P. NIBOYET a la sentencia de la Cour de Paris, 24 de abril de 1940, *Sirey, Recueil général des lois et des arrêts*, 1942. 2. 29. Cf. en este mismo sentido PILLET, A.: *Traité pratique de droit international privé*, Tomo I, Grenoble-Paris, 1923, págs. 101 y sigs., y Tomo II, Grenoble-Paris, 1924, páginas 188 y sigs.; NIBOYET, J. P.: «La théorie de l'autonomie de la volonté», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 16 (1927-1), págs. 5-115 y *Traité de droit international privé français*, Tomo IV, Paris, 1948, págs. 1-114; CALEB, M.: *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté*, Paris, 1927.

(16) BATIFFOL, H.: *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, páginas 38-39, y *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris, 1956, páginas 87 y 250-251.

(17) RABEL, E.: *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2.^a ed., Vol. II, Ann Arbor, 1960, págs. 367.

«localizan» el negocio jurídico (18). Sin embargo, quizá la crítica más adecuada a la tesis de la localización sea destacar la incertidumbre que crea respecto a la ley aplicable (19).

Recientemente, Deby-Gerard ha expuesto la opinión de que la autonomía de la voluntad se apoya en una norma material de Derecho internacional privado del foro. Esta norma es el fundamento del poder concedido a las partes; la expresión concreta de este poder es el convenio de las partes. Dicha norma material se complementa con la ley elegida por las partes, la cual determinará en qué casos existe un consentimiento válido (20). Se trata de una nueva versión de la tesis subjetivista del *pactum de lege utenda* que trata de escapar del círculo vicioso antes apuntado. En todo caso no podemos menos de extrañarnos ante esta norma material cuyo contenido varía según sea la ley elegida por los particulares y que, evidentemente, hace algo más que «complementarla».

Todas estas explicaciones responden a la preocupación de hacer compatible el poder de reglamentación de la voluntad privada con su inserción en un ordenamiento jurídico que otorgue validez a esta voluntad. Es evidente que la voluntad individual no puede producir efectos jurídicos por sí misma, pero no es necesario que dichos efectos se produzcan inmediatamente a través de su encuadramiento en un sistema de normas materiales. Basta que la voluntad individual aparezca contemplada en alguna norma de conflicto del foro para que desde su existencia quepa atribuirle unos efectos jurídicos determinados (21). Si se concibe la voluntad individual, no como un contrato, sino como un simple hecho contemplado por una norma de conflicto las dificultades desaparecen. Creemos que tiene razón Batiffol cuando afirma que la voluntad individual es un simple hecho contemplado por la *lex fori* y acierta la doctrina subjetivista cuando atribuye a dicha voluntad una función de reglamentación. Pero Batiffol reduce excesivamente el papel de la voluntad al considerarla un simple índice de localización, mientras la teoría subjetivista se equivoca al concebirla como una facultad omnimoda de reglamentación. Además ambas concepciones son excesivamente limitadas al centrarse exclusivamente en el papel que juega la autonomía de la voluntad en materia de contratos. Este enfoque contractualista debe ser sustituido por una consideración más amplia que tenga en cuenta el papel que desempeña la voluntad individual en Derecho internacional privado. Su fundamentación radica en que es adoptada por las

(18) LOUIS-LUCAS, P.: "La liberté contractuelle et le droit international privé français", *Mélanges Dabin*, Vol. II, Paris, 1963, pág. 759.

(19) DELAUME, G.-R.: "L'autonomie de la volonté en Droit international privé", *Revue Critique de Droit international privé*, 1950, pág. 325.

(20) DEBY-GERARD, F.: *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, págs. 255-258.

(21) HOMBERGER, A.: *Die obligatorischen Verträge im internationalem Privatrecht des schweizerischen Bundesgerichtes*, Berne, 1925, pág. 25; ZIMMERMANN, J.: "Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht", *Zentralblatt für die juristische Praxis*, 1926, pág. 885, y HAUDEK, W.: *Op. cit.*, pág. 6.

normas de conflicto como un hecho que constituye un punto de conexión que remite al Derecho aplicable. La voluntad individual no es anterior a la ley, pues aparece contemplada por las normas de conflicto, pero tampoco es un mero indicio, dado que la reglamentación de los negocios jurídicos puede depender de ella y no es anterior a ella. Nuestra hipótesis de trabajo será, por tanto, que la voluntad individual cumple en Derecho internacional privado una doble función: la localización de las relaciones jurídicas, en primer lugar, y su reglamentación, en segundo lugar.

4. La función de localización.

La voluntad privada es un medio especialmente adecuado para la localización de los negocios jurídicos. Ya Savigny insistía en la idea de que las obligaciones por su carácter incorporal no ocupan un lugar en el espacio y, por ello, a diferencia de las personas o los bienes, es difícil determinar el lugar de su sede que permita identificar la ley aplicable (22). La voluntad privada puede establecer perfectamente la localización de los negocios jurídicos, entendiéndose por «localización», el hecho de ser un punto de conexión idóneo para muchas relaciones jurídicas que carecen de una conexión fácilmente determinable con un ordenamiento jurídico. Como dice gráficamente Tabor da Ferreira «la voluntad de las partes es el instrumento de que se sirve el legislador para situar la relación jurídica» (23).

a) *Incorporación a normas conflictuales.*—El primer dato del que hay que partir es que la voluntad privada, en tanto que elemento de localización, aparece configurada como un hecho que tiene naturaleza de punto de conexión y aparece incorporado a normas de conflicto. La voluntad privada contemplada por las normas de conflicto es una voluntad verdadera, real. El Profesor Kahn-Freund se ha referido al «modelo clásico» de la autonomía de la voluntad, admitido por diversas legislaciones, y que consiste en tener en cuenta la voluntad expresa, en primer lugar, acudir a la voluntad tácita en su defecto, y referirse a la voluntad hipotética o presunta en ausencia de las dos anteriores (24). Creemos que la voluntad presunta o hipotética, es decir la determinación por el juez de la ley que las partes habrían elegido si se hubieran planteado la cuestión, es una pura ficción y debe ser excluida de un examen sobre la función de la autonomía de la voluntad en Derecho

(22) SAVIGNY, F. C. de: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp. de J. Mesía y M. Poley, 2.^a ed., Tomo VI, Madrid, s. a., pág. 238.

(23) TABORDA FERREIRA, V.: "La conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 89 (1956-I), pág. 672.

(24) KAHN-FREUND, O.: "La notion anglaise de la "proper law of the contract" devant les juges et devant les arbitres", *Revue Critique de Droit international privé*, 1973, pág. 608.

internacional privado. Como dijo el Profesor anteriormente citado no es más que «una cortina de humo que esconde la voluntad del juez» (25).

La tendencia en las codificaciones recientes consiste en excluir la voluntad presunta y exigir una voluntad real, ya sea expresa o tácita. El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas con carácter internacional de objetos muebles corporales, de 15 de junio de 1955, exige en el artículo 2 que la designación de la ley aplicable «debe ser objeto de una cláusula expresa o resultar evidentemente de las disposiciones del contrato». Nuestro nuevo Título Preliminar adopta una posición radical en este tema —quizá demasiado radical— al exigir un sometimiento expreso en relación con las obligaciones contractuales (art. 10, 5), el contrato de trabajo (art. 10, 6) y la representación voluntaria (art. 10, 11).

b) *Exigencia de puntos de conexión subsidiarios*.—La autonomía de la voluntad es una conexión que tiene un carácter esencialmente voluntario (26). Las partes pueden elegir una determinada ley o pueden dejar de hacerlo, como ocurre en la mayor parte de los casos. Por esto es necesario que la autonomía de la voluntad se complemente con conexiones subsidiarias. El sistema francés que consiste en determinar por el juez el centro de gravedad del contrato teniendo en cuenta sus circunstancias de conclusión, el sistema inglés de búsqueda de la *proper law of the contract* o la solución dada por el Segundo *Restatement* americano de hallar la *most significant relationship*, responden a esa necesidad de suplir de algún modo la inacción de las partes. En realidad ninguno de estos criterios ofrece un punto de conexión subsidiario propiamente dicho y deja un amplio campo de incertidumbre respecto a la ley aplicable y al arbitro judicial. Son más que puntos de conexión, una manifestación de la directriz fundamental de toda norma de conflicto, que consiste en aplicar a cada cuestión jurídica la ley con la que se considera tiene una relación más estrecha y que se estima más adecuada para regirla (27).

Otros ordenamientos jurídicos, con mejor previsión legislativa, establecen expresamente puntos de conexión subsidiarios. Así lo hacen, entre otros, las *Disposizioni preliminari* del Código civil italiano (artículo 25), la Ley polaca de 12 de noviembre de 1965 (arts. 26 y 27) y el Código civil portugués de 1966 (art. 42). La misma solución ha sido adoptada en el Título Preliminar reformado del Código civil español.

De esta forma la autonomía de la voluntad aparece vinculada a soluciones duales. Claramente en los sistemas que establecen conexiones subsidiarias expresas, de un modo menos evidente en los orde-

(25) *Ibid.*, pág. 614.

(26) Yntema subraya la necesidad de considerar separadamente "the situations in which choice of law is individualized by reference to the voluntary expressions or other acts of the parties, as distinguished from solutions automatically derived from a prescribed law, YNTEMA, H. E.: "Autonomy" in Choice of Law", *American Journal of Comparative Law*, 1952, pág. 345.

(27) KAHN-FREUND, O.: *Op. cit.*, pág. 615.

namientos que recurren a directrices de carácter general o a ficciones como la voluntad presunta o hipotética. El Profesor Batiffol ha sido siempre defensor de un sistema unitario por considerar que la unidad siempre es preferible y por estimar conveniente permitir un amplio papel a la voluntad tácita y a las soluciones jurisprudenciales (28). Sin embargo, debemos reconocer que el carácter voluntario de la autonomía de la voluntad, la necesidad de certeza en la ley aplicable y el espíritu de previsión de los legisladores aconsejan, tal como revelan las codificaciones más recientes, las soluciones dualistas.

c) *Momento de elección de la ley aplicable.*—Se ha discutido si las partes pueden elegir la ley aplicable con posterioridad a la constitución de la relación jurídica o modificar la elección realizada en el momento de la constitución y sustituirla por otra. La jurisprudencia y la doctrina de diversos países adoptan actitudes divergentes sobre este punto. Mientras en Suiza, Alemania y Polonia se admite la designación posterior de la ley aplicable, en Italia y Checoslovaquia la rechazan. Las explicaciones del fenómeno son con frecuencia oscuras: en algunos casos la designación posterior se interpreta como un índice de la voluntad tácita existente en el momento de la constitución de la relación, en otros se confunde el ejercicio de la autonomía de la voluntad con la designación por las partes de la ley aplicable por una instancia arbitral y no faltan quienes examinan el problema a la luz de la novación.

Parece que si se adopta una posición subjetivista, con la atribución de un poder normativo omnimodo a las partes, el momento de la elección de la ley aplicable o su posterior modificación no presenta problema alguno. Si, por el contrario, se considera que la autonomía de la voluntad es un punto de conexión, la elección debería, en principio, fijarse desde el momento de la constitución de la relación jurídica. Así, al menos, lo entendió el Tribunal de Casación italiano en su sentencia de 28 de julio de 1966 en la que rechazó la elección posterior de la ley aplicable porque «la facultad de designar el ordenamiento jurídico competente deriva, no de una norma de Derecho material interna, sino de una norma de Derecho internacional privado y que, en consecuencia, posee la función y alcance de dichas normas, es decir, establecer un criterio de conexión» (29).

El argumento es, quizá, excesivamente teórico y no muy exacto. La existencia de puntos de conexión mutables y la pluralidad de leyes aplicables a una misma relación jurídica son fenómenos perfectamente conocidos y admitidos en Derecho internacional privado. No existe ningún argumento teórico decisivo en favor o en contra de una limitación temporal al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esto no

(28) BATIFFOL, H.: *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, página 19, y "Subjectivisme et objectivisme dans le Droit international privé des contrats", *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Tomo I, Paris, 1960, pág. 57.

(29) *Journal du Droit international (Clunet)*, 1968, pág. 377. Cf. el comentario de esta sentencia realizado por TREVES, T.: "Sulla volontà delle parti di cui all'art. 25 delle preleggi e sul momento del suo sorgere", *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1967, pág. 315-335.

quiere decir que los legisladores o la jurisprudencia no puedan establecer limitaciones temporales para garantizar la seguridad jurídica o proteger los intereses de los terceros. En todo caso, como ha dicho recientemente un autor que ha estudiado con detalle esta cuestión, «el punto esencial del problema de la elección posterior consiste en comprender que la libertad de esta elección —al igual que la libertad de la elección inicial— se apoya en la norma de Derecho internacional privado del foro en cuestión y no sobre ésta o aquélla norma material» (30). En otras palabras la naturaleza de la autonomía siempre es la misma, independientemente del momento en que se ejerza, y éste no altera su condición de punto de conexión contemplado por las normas de conflicto del foro.

d) *Remisión a una legislación estatal.*—El encuadramiento conflictual de la autonomía de la voluntad hace que remita a un determinado ordenamiento jurídico estatal. Recientemente se ha hablado mucho de los contratos llamados «sin ley» (31) y de las posibilidades de «internacionalización» de los contratos (32). Las afinidades de esta orientación con la doctrina subjetivista de la autonomía son evidentes. Se ha dicho que la «ley aplicable» puede ser tanto una norma de un «ordenamiento jurídico estatal» como de «un sistema de Derecho no estatal» (33). Los casos de negocios jurídicos enteramente desvinculados de toda regulación estatal son escasísimos. Los ejemplos se encuentran en determinados contratos de explotación entre Estados y sociedades extranjeras en los que se hace remisión a los principios generales del Derecho o fórmulas de parecida generalidad. Los negocios jurídicos en que se hace referencia a un determinado «Derecho» profesional o a ciertos usos y prácticas comerciales plantean un supuesto enteramente distinto y su armonización con las legislaciones estatales a través de la autonomía de la voluntad no sólo es legítima, sino necesaria. El problema depende —y nunca se insistirá bastante en ello— en el punto de vista que se adopte. En el plano del ordenamiento jurídico de un Estado, y en concreto desde su sistema de Derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad ha de ejercerse a través de la elección o sumisión a un Derecho estatal. Desde una perspectiva más amplia, fuera del marco jurisdiccional estatal, y en particular desde determinadas instancias arbitrales, pueden adoptarse soluciones distintas; soluciones sobre las que siempre pesará la espada de Damocles de la exigencia de su conformidad con un ordenamiento estatal si, a través de la ejecución, pretenden insertarse en el plano de lo estatal.

La jurisprudencia francesa ha sido explícita en la negación de que

(30) TOMASZEWSKI, M.: "La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit", *Revue Critique du Droit international privé*, 1972, pág. 600.

(31) LEVEL, P.: "Le contrat dit "sans loi", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé* 1964-66, págs. 213 y sigs.; REIMANN, T.: *Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag*, Bonn, 1970.

(32) MANN, F. A.: "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", *British Yearbook of International Law*, 1959, págs. 34-57.

(33) Cf. KAHN, Ph.: *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961.

un contrato pueda existir *in vacuo*. En el asunto de las *Messageries Maritimes* dijo textualmente que «todo contrato se halla conectado a la ley de un Estado» (34). El principio establecido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en los asuntos de los *empréstitos serbios y brasileños* de que «todo contrato que no es un contrato entre Estados, en tanto que sujetos de derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional» (35) conserva plenamente su vigencia. A través de la remisión a ordenamientos estatales la voluntad privada colabora al cumplimiento de la misión del Derecho internacional privado de establecer una coordinación entre distintos sistemas jurídicos.

e) *Aplicación de la legislación posterior*.—La distinción entre autonomía privada y autonomía de la voluntad en ningún aspecto es tan evidente como en las consecuencias que se derivan de un cambio legislativo en el Derecho elegido. Si se incorporan, en el ejercicio de la autonomía privada, determinadas normas de una legislación extranjera a un negocio jurídico, dichas normas se mantienen con independencia de las modificaciones legislativas que se produzcan en el ordenamiento jurídico de que proceden. Por el contrario, si los particulares eligen una determinada ley para que rija una relación jurídica que pretendan constituir, dicha relación será regida por nuevas normas si hay un cambio en la legislación.

El problema se planteó especialmente a raíz de las disposiciones dictadas en prohibición de las «cláusulas-oro». Diversas jurisdicciones europeas tuvieron que resolver asuntos en los que se discutía la validez de dichas cláusulas contenidas en contratos celebrados con anterioridad a la promulgación de la *Joint-Resolution* americana de 1933 y de la *Gold clause Act* canadiense de 1937. La *Cour de cassation* francesa (36), la *Cour de cassation* belga (37), el *Reichsgericht* alemán (38), el *Hoge Raad* de los Países Bajos (39), reconocieron unánimemente el principio de la aplicabilidad de las nuevas disposiciones. El hecho de que en Francia la *Cour de cassation* descartara la aplicación de la nueva legislación extranjera por estimarla contraria a una norma material de Derecho internacional privado, o que el *Reichsgericht* alemán llegara a una solución semejante en base a la excepción de orden público, no mermaban la validez del principio.

(34) Sent. Cass. civ. de 21 de junio de 1950, *Revue Critique de Droit international privé*, 1950, pág. 609, nota Batiffol.

(35) C. P. J. I.: *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France.—Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, Serie A, Nos. 20/21, pág. 41.

(36) Sent. citada en la nota 34 *supra*.

(37) Sent. 24 de febrero de 1938, *Recueil périodique Dalloz*, 1938. 2. 57, nota Philonenko.

(38) Sent. 28 de mayo de 1936, *Journal du Droit international (Clunet)*, 1936, pág. 951, nota K. Wolff.

(39) Sent. 13 de marzo de 1936, *Revue Critique de Droit international privé*, 1936, pág. 733.

5. La función de reglamentación.

La autonomía de la voluntad difiere de las demás conexiones conocidas por el Derecho internacional privado (nacionalidad, domicilio, lugar de situación, etc.) en la carencia de todo automatismo. La autonomía de la voluntad supone el ejercicio de una actividad humana: querer. No basta una mera intención o en estado de espíritu. Por esto son enormemente equívocas expresiones tales como la de «conexión psicológica» utilizada por Curti Gialdino (40). Este ejercicio de la voluntad se traduce en el Derecho internacional privado en una función de reglamentación de la esfera privada del individuo. Desde el momento en que la ley aplicable no se deduce de ningún criterio automático, sino de una actividad humana, los individuos cuentan con un indiscutible poder de reglamentación. La norma de conflicto atribuye a las personas un poder de reglamentación concreto: la *elección* de la ley aplicable.

a) *Modalidades de la función de reglamentación.*—Si la autonomía privada consiste, como hemos visto, en un poder de reglamentación que queda circunscrito a las normas dispositivas de un cierto ordenamiento, la autonomía de la voluntad representa un poder de reglamentación mucho mayor. La autonomía de la voluntad es un poder de reglamentación que consiste esencialmente en la facultad de elección del ordenamiento que ha de regir una determinada relación jurídica o alguno de sus elementos. Ambas manifestaciones de la autonomía, aunque distintas, no se excluyen mutuamente. La función de reglamentación puede, en muchos casos, ejercerse en dos momentos: primero en la elección del ordenamiento, que es la manifestación esencial de la autonomía de la voluntad y, segundo, en la reglamentación del negocio dentro de lo permitido por las normas dispositivas del ordenamiento elegido, que constituye el ejercicio normal de la autonomía privada, complementaria en este caso de la autonomía de la voluntad.

b) *La opción como reglamentación.*—La función de reglamentación concebida como una posibilidad de elección de la ley aplicable supone al menos que quepa una opción entre dos ordenamientos. Los distintos sistemas positivos de Derecho internacional privado varían mucho respecto a los supuestos y posibilidades de elección. En el nuevo Título Preliminar reformado del Código civil español se encuentran, junto a una libertad de elección no condicionada que se establece en el artículo 10, núm. 11 respecto a la representación voluntaria, dos tipos de opciones. Unas son *explícitas*, es decir, permiten elegir entre ordenamientos jurídicos específicamente determinados, otras podríamos calificarlas de *implícitas* por cuanto, sin señalar un *numerus clausus* de posibles leyes aplicables, tampoco atribuyen a la voluntad privada un poder omnímodo de elección. Esta última solución supone también una op-

(40) CURTI-GIALDINO, A.: "La volonté des parties en Droit international privé". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 137 (1972-III), págs. 755-756.

ción, aunque los términos en que ésta deba efectuarse no aparezcan tan claramente delineados.

El nuevo Título Preliminar reformado contiene opciones explícitas en diversos artículos. El artículo 9, núm. 3, autoriza la celebración de capitulaciones matrimoniales de acuerdo con la ley personal de cualquiera de ambos cónyuges. El artículo 10, núm. 1, a los efectos de constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, permite que el remitente y el destinatario acuerden que dichos bienes se consideren situados en el lugar de su destino y, de esta forma, pueden elegir entre la aplicación de regla general, que consiste en la aplicación de la ley del lugar de expedición o, previo acuerdo, la ley del lugar de destino. El artículo 11, núm. 1, relativo a la forma de los actos, permite la aplicación de la ley del lugar de otorgamiento, la ley aplicable al contenido y la ley personal del disponente o común de los otorgantes. Esta tríada se extiende a los actos y contratos relativos a bienes inmuebles con la posibilidad adicional de aplicar la ley del lugar en que éstos radiquen.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad aparece configurado respecto a las obligaciones contractuales dentro del marco de una opción implícita. Así el artículo 10, núm. 5 exige que la ley elegida «tenga alguna conexión con el negocio de que se trate». Esta limitación responde a la tendencia contraria al subjetivismo absoluto que se va afianzando modernamente. El artículo 41, núm. 2, del Código Civil portugués de 1966 limita también la elección a «una ley cuya aplicabilidad corresponda a un interés serio de los declarantes o esté en conexión con alguno de los elementos del negocio jurídico tomados en consideración por el derecho internacional privado». El segundo *Restatement* americano, de modo semejante, estima necesario que exista una «relación sustancial» entre «el Estado elegido» y «las partes o el negocio» o que se dé «algún otro fundamento razonable (que justifique) la elección de las partes» (41).

Los debates de la Comisión de Justicia que discutió el Proyecto de Ley de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil no aportan mucha luz sobre las razones y el sentido de esta limitación de que exista «alguna conexión» con el negocio. El pensamiento más argumentado sobre este punto se encuentra en las intervenciones del señor Angulo Montes, para quien una libertad absoluta de elección de ley podría abrir el paso a posibles fraudes (42). La doctrina tradicional de la autonomía de la voluntad había tenido que enfrentarse con la paradoja que para ella representaba el fraude a la ley. ¿Cómo podía existir fraude a la ley si existía libertad de elección del Derecho aplicable? El establecimiento de posibilidades de opción es un procedimiento adecuado para resolver esta paradoja. Cuanto más claramente definidas aparecen las opciones menos posibilidades existirán de recurrir a la

(41) AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the Law Second. Conflict of Laws 2d*, St. Paul, Minn., 1971, pág. 561.

(42) *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, X Legislatura, Apéndice, número 93, Diario de las Sesiones de las Comisiones, Comisión de Justicia, Extracto oficial de la sesión celebrada el jueves 23 de noviembre de 1972, pág. 4.

excepción de fraude a la ley. Sin embargo, como ha señalado Bernard Audit, la multiplicación de leyes imperativas hace que el problema del fraude a la ley se plantee bajo una nueva luz. Según este autor «los esfuerzos de la doctrina deberían encaminarse en esta materia a la elaboración de un método de interpretación de dichas leyes, con vistas a su aplicación a situaciones internacionales» (43). El nuevo planteamiento a que hace alusión Audit constituye también una importante limitación al poder de reglamentación de los particulares y ofrece soluciones menos paradójicas que el recurso al fraude a la ley.

c) *Aplicación de normas imperativas.*—La aplicación de las normas imperativas de la *lex causae*, del ordenamiento elegido en base a la autonomía de la voluntad, apenas merece ser subrayada. Si los particulares cuentan con la posibilidad de someterse a varios ordenamientos es lógico que una vez realizada su elección, se apliquen las normas imperativas del ordenamiento elegido. El Proyecto Benelux de 1969 en su artículo 13, núm. 1 contempla esta eventualidad al afirmar que «los contratos se rigen por la ley elegida por las partes, tanto en lo que concierne a las disposiciones imperativas como las dispositivas» (44). Es curioso señalar cómo en una de las escasas sentencias del Tribunal Supremo español relativas a la autonomía de la voluntad, la de 19 de diciembre de 1930, en el asunto *Fleta*, se examina la conformidad de las cláusulas contractuales con las disposiciones imperativas de la ley extranjera elegida, que en este caso era la ley del Estado de Nueva York (45).

Mucha mayor complejidad tiene el problema de la eventual aplicación de leyes imperativas de un tercer Estado. De acuerdo con la doctrina tradicional dichas disposiciones no deberían aplicarse y no pueden constituir una limitación a la función de reglamentación que ejercen los particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Un importante sector de la doctrina moderna, compuesto por Wengler, Zweigert, Neumayer, Toubiana, etc., en base a fundamentaciones distintas, han adoptado una posición favorable a la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados en determinados casos (46). El problema fue abordado por el *Hoge Raad* holandés en su sentencia de 13 de mayo de 1966 y admitió, en línea de principio y sin proceder a su aplicación efectiva, esta posibilidad (47). La misma orientación se advierte en el Segundo *Restatement* americano al establecer en la sec-

(43) AUDIT, B.: *La fraude à la loi*, Paris, 1974, pág. 399.

(44) *Revue Critique de Droit international privé*, 1969, pág. 358.

(45) *Jurisprudencia Civil* (1930), núm. 126, pág. 679 y sigs.

(46) WENGLER, W.: "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1940-1941, pág. 168 y sigs.; ZWIEGERT, K.: "Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leitungsverbote", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1942, págs. 283-397; NEUMAYER, K. H.: "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Revue Critique de Droit international privé*, 1957, págs. 579-604, y 1958, págs. 53-78; TOUBIANA, A.: *Le domaine de la loi du contrat en Droit international privé*, Paris, 1972, páginas 246-247.

(47) *Revue Critique de Droit international privé*, 1967, pág. 522, nota. A. V. M. Struycken.

ción 187 que la aplicación de «la ley del Estado elegido» no tiene que ser «contraria a una *policy* fundamental de un Estado que tenga un interés materialmente mayor que el Estado elegido» respecto a «la cuestión específica» y que también sea, de acuerdo con la sección siguiente, la fuente del «derecho aplicable en defecto de una elección efectiva por las partes» (48). Más cautamente el Anteproyecto de convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales elaborado por la Comunidad Económica Europea deja la cuestión a la discreción del juez (49).

Esta tendencia, producto del dirigismo estatal que ha conducido a una proliferación de normas imperativas, se ha traducido en lo que Toubiana ha denominado «el debilitamiento contractual» del contrato, sin que esto haya supuesto su «decadencia». Como señala la autora mencionada, la intervención de los imperativos socioeconómicos en el ámbito contractual ha afectado al ámbito de las normas de conflicto relativas a los contratos, sin que se haya producido una modificación en su enunciado (50). La autonomía de la voluntad, en cuanto principio ha resistido el embate de la corriente, pero el cauce se ha hecho más estrecho.

d) *Complementación con el ejercicio de la autonomía privada.*—Estas limitaciones al poder de reglamentación de los particulares no anulan la posibilidad de ejercicio de la autonomía privada que reconoce el ordenamiento elegido. En materia de capitulaciones matrimoniales y obligaciones contractuales el ámbito de lo dispositivo suele ser muy amplio en los distintos ordenamientos jurídicos. Los particulares, una vez ejercitada la autonomía de la voluntad en la elección del ordenamiento jurídico, pueden ejercer la autonomía privada que dicho ordenamiento les reconoce reglamentando como prefieran sus relaciones jurídicas. La autonomía privada completa en este caso la autonomía de la voluntad y la función de reglamentación alcanza en estos casos su máxima plenitud.

e) *Exclusión del reenvío.*—Si la autonomía de la voluntad desempeñara sólo una función de localización equivalente a los demás puntos de conexión podría admitirse la posibilidad del reenvío que las normas de conflicto del ordenamiento elegido realizaran a otra legislación. Pero esto sería desconocer que la autonomía de la voluntad supone también el ejercicio de una función de reglamentación.

En general se considera que el reenvío no cabe en conjunción con el ejercicio de la autonomía de la voluntad. La admisión del reenvío equivaldría a frustrar las previsiones de las particulares; supondría, como dijo Louis-Lucas, «desconocer su voluntad efectiva, detentadora del derecho de decidir» (51). El *Bundesgerichtshof* alemán, en su sen-

(48) AMERICAN LAW INSTITUTE: *Loc. cit.*

(49) Artículo 7 del "Avant-Projet de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles", *Revue Critique de Droit international privé*, 1973, pág. 211.

(50) TOUBIANA, A.: *Op. cit.*, pág. 5.

(51) LOUIS-LUCAS, P.: "La liberté contractuelle et le droit international privé français", *Mélanges Dabin*, Tomo II, Paris, 1963, pág. 757.

tencia de 14 de febrero de 1958, sólo admite el reenvío en el supuesto en que un determinado ordenamiento sea aplicable en virtud de una conexión subsidiaria (en este caso concreto era la *lex loci solutionis*) y da a entender que no sería admitido si hubiera habido ejercicio de la autonomía de la voluntad (52). El Código civil portugués de 1966, que en términos generales admite el reenvío con cierta amplitud, lo excluye expresamente, en el artículo 19, núm. 2, «si la ley extranjera hubiera sido designada por los interesados, en los casos en que la designación se permite».

La función de reglamentación de la autonomía de la voluntad adquiere todavía mayor coherencia en la ley checoslovaca de 1963. En su artículo 9, núm. 2, dispone que no se tendrán en cuenta las normas de conflicto establecidas por la legislación elegida, a menos que «se desprenda otra cosa de la declaración de voluntad de las partes» (53). La función de reglamentación de la autonomía de la voluntad es tan absoluta que alcanza a decidir sobre la admisión o rechazo del reenvío.

6. Conclusiones.

Estas consideraciones de carácter general sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado nos conducen a las siguientes reflexiones:

a) El Derecho internacional privado se ha explicado muchas veces en función de las grandes categorías de territorialidad y personalidad (54). Estos dos conceptos son insuficientes para un entendimiento cabal de lo que ha sido y de lo que es esta disciplina. Es necesario reconocer el papel que le corresponde a la autonomía de la voluntad. A la luz de esta consideración podrían escribirse de nuevo muchos capítulos de la historia del Derecho internacional privado. Lewald ha estudiado los conflictos de leyes en el Egipto ptolemaico, a raíz de las investigaciones realizadas en los papiros empleados para la preservación de cocodrilos momificados que se encontraron en un cementerio de la provincia de Fayum, que han permitido conocer muchos actos de la vida jurídica de la época. Estos descubrimientos han revelado la aparentemente curiosa norma de conflicto de que a los contratos entre egipcios y griegos se les aplicaba la ley en cuya lengua estuviera redactado el contrato. Esto suponía un reconocimiento de la autonomía de la voluntad, pues la elección de la lengua de redacción se convertía en la elección de la jurisdicción competente y de la ley aplicable. La autonomía de la voluntad aparece, pues, en la norma de conflicto más antigua

(52) *Revue Critique de Droit international privé*, 1958, pág. 542, nota Mezger.

(53) KUCERA, Z.: "La loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, n.º 97 du Recueil des lois sur la droit international privé et la procédure", *Journal du Droit international (Clunet)*, 1966, pág. 795.

(54) Cf. LOUIS LUCAS, P.: "Conflits de lois-Théorie générale", *Juris-Classeur de Droit International*, Tomo III, fasc. 530-B.

que se conoce (55). La Edad Media, en la que la autonomía de la voluntad parece sucumbir en las controversias sobre la territorialidad o la personalidad de los estatutos, también merecería ser estudiada más a fondo. ¿La *professio iuris* no se convirtió paulatinamente de una declaración de la ley personal en una elección de ley en determinados casos? (56).

b) Para la comprensión del papel que ha tenido, y tiene actualmente, la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado es preciso restituírle su verdadera dimensión. La operación más urgente consiste en liberarla del *ghetto* contractualista al que ha sido confinada. Este enfoque ya había sido adoptado difusamente por Savigny cuando destacaba la importancia de «la voluntad libre de las personas que se someten voluntariamente a un derecho determinado» (57). Entendida como un punto de conexión fáctico que permite elegir la ley aplicable, ni es en sí misma un contrato, ni su ámbito se reduce a las obligaciones contractuales. El papel que desempeña respecto a la forma de los actos, como consecuencia del carácter facultativo que ha adquirido la regla *locus regit actum*, es una buena prueba de ello.

c) Aunque el auge de la autonomía de la voluntad coincide con el del liberalismo y el individualismo en el siglo XIX, en modo alguno puede entenderse como un producto de la época. Bajo el influjo del liberalismo y el individualismo adquirió una dimensión de poder de reglamentación absoluto que, en cierto modo, la desnaturalizó. La reacción contra esta hinchazón fue demasiado extremada al pretenderse que quedara confinada dentro de los límites de la autonomía privada. El desarrollo del moderno dirigismo estatal no ha dado al traste con ella y las más recientes codificaciones —el Código civil portugués, el Segundo *Restatement* americano, el nuevo Título Preliminar español, etcétera— la consagran. Su independencia respecto al sistema económico capitalista es clara desde el momento en que se halla reconocida igualmente por las legislaciones de los propios países socialistas, empezando por la Ley soviética de 8 de diciembre de 1961 (58). La autonomía de la voluntad es la manifestación irreductible de la libertad del hombre en el Derecho internacional privado.

d) Como toda manifestación de la libertad humana se halla no sólo reconocida por las leyes, sino regulada por ellas. En el campo del Derecho internacional privado esta regulación se encuentra en las nor-

(55) LEWALD, H.: "Conflicts de lois dans le monde grec et romain", *Revue Critique de Droit international privé*, 1968, págs. 438 y 439.

(56) CURTI-GIARDINO, A.: *Op. cit.*, pág. 851. Las ventajas de un retorno a la *professio iuris* son defendidas por OVERBEK, A. von: "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, Vol. II, Gent, 1966, págs. 1085-1112.

(57) SAVIGNY, F. C.: *Op. cit.*, págs. 182 y sigs.

(58) LUNZ, L. A.: "Les règles de conflit dans les Principes de Droit civil de l'Union Soviétique et des Républiques Fédérées", *Revue Critique de Droit international privé*, 1964, pág. 637.

mas de conflicto que la adoptan como punto de conexión y en las normas materiales que establecen los límites de su ejercicio. El dirigismo estatal, con la proliferación de las leyes de aplicación inmediata, ha reducido considerablemente estos límites. La autonomía de la voluntad se convierte así en un testigo del drama de nuestro tiempo: la tensión entre la libertad humana y los imperativos de la ordenación social.

La anulabilidad

JESUS DELGADO ECHEVERRIA

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1.—Indicaciones históricas. 2.—Caracterización general. El negocio anulable. 3.—El ámbito de la anulabilidad. 4.—El poder de impugnar. ¿Ejercicio extrajudicial? 5.—Legitimación activa: a) El “obligado principalmente”. 6.—b) El “obligado subsidiariamente”. 7.—c) Otros problemas de legitimación activa. 8.—Legitimación pasiva. 9.—La situación del contratante no legitimado. 10.—Efecto declarativo y efecto restitutorio (art. 1.303). 11.—Deber de restitución y pérdida de la cosa. 12.—¿La enajenación equivale a pérdida? 13.—La restitución por el incapaz (art. 1.304). 14.—Extinción de la acción. Caducidad. 15.—Extinción de la acción por pérdida culpable de lo recibido. 16.—La sanación del negocio anulable. En particular, la confirmación. 17.—Concurso de varias causas de anulabilidad, y de la anulabilidad con otras causas de ineficacia.

1. INDICACIONES HISTORICAS

La distinción entre nulidad y anulabilidad, con estos u otros términos, aparece en la inmensa mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Y es que, como dice Guggenheim, no se concibe un sistema jurídico que no regule las condiciones de validez de los actos jurídicos, y por ello, al menos implícitamente, las consecuencias de la violación de estas reglas; y al atender a estas consecuencias de la violación, difícilmente dejará de apreciarse distintos grados en la privación de efectos. En particular, sea privando totalmente al acto de los efectos pretendidos, sea concediendo a determinado sujeto la posibilidad de eliminar los efectos en principio producidos. Ahora bien, la configuración precisa de los grados de invalidez, y, por tanto, del régimen de la anulabilidad depende menos de consideraciones lógicas que de las circunstancias históricas, los principios valorativos y técnicos y las razones de oportunidad en el seno de cada Ordenamiento.

En el Derecho romano, la distinción entre nulidad y anulabilidad pasa aproximadamente por la línea divisoria entre el *ius civile* y el *ius pretorium*: en consecuencia, sólo en una visión histórica adquiere plena explicación. El remedio pretorio fundamental para privar de efectos considerados inicuos a actos perfectamente válidos según el *ius*

civile fue la *restitutio in integrum*, cuyo carácter procesal se ve reflejado todavía en la opinión más extendida entre nosotros sobre el ejercicio necesariamente judicial del poder de impugnar. En el Derecho común se distinguió principalmente (tratando de poner orden en la muy compleja terminología de las fuentes), entre los actos nulos y los rescindibles, incluyéndose en estos últimos todos los que, cualquiera que sea la causa, pueden ser atacados por determinada persona, sin lo cual producen, desde luego, plenos efectos. Esta será también la doctrina castellana tradicional. En el Proyecto de Código de 1851, corrigiendo expresamente la sistemática del Código civil francés, se distingue rigurosamente, de una parte, la rescisión de las obligaciones válidas, y, de otra, la nulidad (incluyendo la que procede de la falta de capacidad de los contrayentes o de vicio del consentimiento), que sólo puede pedirse en determinado plazo y por las personas señaladas por la ley. El Código civil seguirá en esto al Proyecto de 1851, dedicando el capítulo quinto del título “de los contratos” a la rescisión y el sexto a la nulidad de los contratos. La doctrina puso inmediatamente de manifiesto cómo esta nulidad regulada en los artículos 1.300-1.314 se refiere a contratos en que concurren los requisitos del artículo 1.261 (es decir, consentimiento, objeto y causa), por lo que, para distinguirla de los supuestos en que aquellos requisitos no concurren, llamó a éstos de “inexistencia” del contrato, reservando el nombre de nulidad exclusivamente para la que se hace valer mediante la acción prevista en el artículo 1.301. Pero al plantearse posteriormente otras preocupaciones respecto del concepto de “negocio inexistente”, como distinto del negocio nulo, se procedió poco a poco, siguiendo aquí a la doctrina francesa, al cambio de terminología, aplicándose el término de “nulidad de pleno derecho”, entre otros, a los supuestos en que falta alguno de los elementos del artículo 1.261 o se contraría prohibición legal (a lo que inclinaba el antiguo artículo 4.º y hoy impone el artículo 6.º-3 Código civil), y el de “anulabilidad” (según sugiere el artículo 1.300: contratos que “pueden ser anulados”) a los casos del artículo 1.301.

2. CARACTERIZACION GENERAL. EL NEGOCIO ANULABLE

El régimen de la anulabilidad es uno de los regímenes típicos de la ineficacia de nuestro Derecho. Entendida la ineficacia no sólo como total negación de los efectos correspondientes al contenido negocial, sino también como toda desviación de estos efectos impuesta por el Ordenamiento en atención a las diversas formas de discordancia entre el supuesto negocial concreto y la hipótesis negocial normativa. Para la clasificación de los tipos de ineficacia se atiende a una pluralidad de aspectos heterogéneos: por ejemplo, producirse *ipso iure* o sólo tras el ejercicio de una acción de impugnación por quien esté legitimado; afectar a todos en general o sólo a un determinado círculo de interesados;

producirse en el momento mismo en que se perfecciona el acto, o sólo tras sobrevenir otro evento; abarcar a la totalidad de los posibles efectos, o sólo a alguno de ellos; ser o no sanable posteriormente. Todos estos aspectos pueden teóricamente combinarse entre sí dando lugar a muy numerosas variantes; pero sólo algunas de estas variantes hipotéticas existen realmente en nuestro Ordenamiento, y de ellas sólo un número muy reducido tienen una disciplina específica que puede considerarse un régimen típico de la ineficacia. Uno de estos regímenes típicos es el de la anulabilidad, para cuya caracterización se atiende, primariamente, al mecanismo de la ineficacia, es decir, a ser una ineficacia provocada, dependiente del ejercicio de un poder de impugnación. Como contrapartida, será también una ineficacia sanable, ya que aquel a quien está permitido impugnar puede también confirmar el acto anulable. En su regulación típica, es además la anulabilidad una ineficacia originaria, y establecida para la protección de intereses privados (por ello se deja en manos del interesado el mecanismo de la ineficacia). Este régimen tiene ventajas prácticas, ya que así los incapaces y los afectados por un vicio del consentimiento quedan mejor protegidos que con el sistema de la nulidad absoluta (en el que no podrían aprovechar los beneficios del negocio que les resultara favorable) o el de la rescisión (en el que habrían de probar la lesión sufrida).

Es característico del sistema de la anulabilidad que el negocio anulable sea en un primer momento plenamente eficaz. Se dice también a menudo que el negocio es inicialmente válido. Validez que se califica de provisional, potencial (no actual), dependiente, incierta, precaria, amenazada. En todo caso, y sin poner en duda su plena eficacia provisional, nótese que se trata siempre de un negocio viciado *ab origine* (y por ello inválido, en el sentido de que el supuesto de hecho comercial no se adecua perfectamente a lo previsto en el Ordenamiento jurídico): vicio de origen que como *factum* histórico no es borrado ni por la caducidad de la acción de impugnación ni por la confirmación que eventualmente sobrevengan. Es más bien en el plano de la eficacia en el que debe hablarse de su carácter claudicante o amenazado. Amenazado por la posibilidad de que se ejercite la acción de impugnación, que nace precisamente de la naturaleza viciada del negocio. Podría decirse que el negocio anulable tiene, además de su eficacia ordinaria, la de producir la acción de impugnación, a manera de mecanismo de su eventual autodestrucción.

3. EL AMBITO DE LA ANULABILIDAD

Una interpretación literal del artículo 1.300 llevaría a concebir la anulabilidad como categoría abierta y residual, comprensiva de todos los negocios (al menos, todos los contratos) que, reuniendo los elementos de consentimiento, objeto y causa, padecen de cualquier clase de vicio. Pues "pueden ser anulados" los contratos "siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley".

Pero ni autores ni tribunales han entendido nunca tal cosa. De una parte, los artículos siguientes se refieren tan sólo a algunos concretos vicios, de manera que para los no comprendidos en esta enumeración no sólo no sabríamos cuándo empezar a contar el plazo de la acción de nulidad, sino que ignoraríamos igualmente las personas a las que se atribuye la acción. De otra parte, el antiguo artículo 4.º se consideraba suficientemente expresivo para considerar excepcional cualquier régimen de ineficacia distinto del de la nulidad absoluta; convencimiento que ha llevado en la reciente reforma del Título preliminar a redactar el apartado 3 del artículo 6.º en el sentido de que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas se consideren nulos de pleno derecho y sólo excepcionalmente sujetos a un régimen distinto (entre ellos el de la anulabilidad) cuando las propias leyes lo establezcan para el caso de contravención.

No corresponde a la doctrina de la ineficacia de los negocios jurídicos el determinar enumerativamente cuáles sean los supuestos de uno u otro de sus tipos: este estudio corresponde al de cada figura jurídica. Conviene, sin embargo, observar que el carácter excepcional o de *numerus clausus* que la doctrina atribuye correctamente a los supuestos de anulabilidad, no excluye que estos puedan venir determinados fuera de la sede de los artículos 1.300 y siguientes; y ello no sólo dándoles este nombre (cosa que en el Código sólo ocurre, y desde hace poco, en el artículo 65), sino también porque la semejanza con los supuestos claros de anulabilidad, atendiendo a la finalidad perseguida con la ineficacia (en particular, si se trata de la protección de persona determinada, señalada por el legislador como portadora de la acción) así lo exija. No debe excluirse tampoco que determinados supuestos estén sujetos a un régimen atípico de ineficacia que recoja únicamente algunos rasgos de la anulabilidad. De otra parte, merece recordarse que no son supuestos de anulabilidad, a pesar de la sede en que se regulan, los de ilicitud de causa (arts. 1.305 y 1.306). Nos quedan con ello los supuestos de intimidación o violencia, error, dolo y falsedad de la causa (que hay que entender en el sentido de error sobre la causa, no en el de expresión de causa falsa), falta de capacidad y falta del "consentimiento" que requiere para actos determinados un cónyuge del otro.

Los artículos 1.300 y siguientes se ocupan únicamente de los contratos (el término "actos" aparece ahora, sin embargo, en el 1.301 i. f.). Ahora bien, la disciplina de los contratos es en nuestro Derecho paradigma para todos los negocios jurídicos y en general para toda declaración de voluntad, mientras normas específicas o consideraciones particulares no impidan la aplicación de sus reglas. Por ello, de acuerdo con la tradición doctrinal, el régimen de la anulabilidad se aplica también, tratándose de vicios de falta de capacidad o del consentimiento, a todos los negocios jurídicos patrimoniales. Más discutible es su aplicación en los negocios del Derecho de familia (respecto del matrimonio, recuérdese que el Código contiene una regulación

particular), y al testamento (mientras es clara al contrato sucesorio). La discusión, como he advertido, tiene su sede propia al tratar de estas figuras.

4. EL PODER DE IMPUGNAR. ¿EJERCICIO EXTRAJUDICIAL?

Es de esencia de la anulabilidad que sólo alguna de las personas interesadas disponga de un poder de impugnar el negocio, de manera que hasta que tal poder se ejercite el negocio produzca todos sus efectos, los cuales queden suprimidos retroactivamente por tal ejercicio.

En códigos como el italiano y el francés —luego veremos lo que sucede en el nuestro— da la impresión de que el ejercicio de este poder ha de ser necesariamente judicial, es decir, bajo forma de acción. Ello se explica sobre todo por razones históricas. La *restitutio in integrum* —figura de la que procede la moderna anulabilidad— era en Roma un acto del pretor en ejercicio de su *imperium*, tras ponderación particularizada de las circunstancias del caso. Se presentaba, por tanto, como remedio procesal (no como norma general y abstracta) y este carácter de remedio procesal (*ex officio iudicis*) se mantiene en el Derecho común y pasa a las codificaciones citadas.

Planteamiento distinto es el del Código civil alemán, en el que la impugnación del negocio anulable (*Anfechtbarkeit*) se realiza mediante simple declaración de voluntad, aformal, recepticia (§ 143 BGB). Caso de discutirse la realidad de la causa de anulabilidad invocada, la acción y la sentencia correspondiente serán declarativas, no constitutivas. A esta solución llevan consideraciones teóricas y otras de índole práctica. Desde el primer punto de vista, se recuerda que la regla general es el ejercicio extrajudicial de los derechos y facultades que el Ordenamiento reconoce a los particulares; regla con escasas excepciones, inspiradas en el temor del posible fraude cuando no interviene la autoridad judicial en el cambio jurídico provocado o, en general, por estar implicadas cuestiones de orden público (vgr. separación matrimonial); razones de excepción que no concurren en supuestos como los del artículo 1.301 del Código civil español. En cuanto a las ventajas de orden práctico, los defensores de este sistema afirman que de este modo la situación de pendencia en que se halla la validez o invalidez del negocio se despeja definitivamente con una simple declaración de la persona a quien corresponde en última instancia la decisión.

La doctrina española, ante la letra de la ley, los precedentes históricos y la jurisprudencia del Supremo, no admite por lo general el ejercicio extrajudicial del poder de impugnación. La opinión contraria tropieza con el obstáculo textual de los artículos 1.301 y 1.302, en que se habla de “acción de nulidad” en sentido claramente procesal, así como con el artículo 1.303, en que la “declaración de nulidad” no podría ser sino judicial. Sobre todo, una declaración privada de im-

pugnación no podría ampliar el plazo de cuatro años que para el ejercicio judicial de la acción señala el artículo 1.301; es decir, quien se vio forzado, a pesar de sus protestas, a acudir a los Tribunales (ante la negativa de la contraparte a restituir lo recibido), no podría alegar frente a la caducidad por transcurso de los cuatro años que antes de este término impugnó privadamente el negocio.

Ahora bien, la declaración privada extrajudicial de impugnación no carece absolutamente de efectos: puede ser suficiente cuando el contrato todavía no se ha cumplido o, en general, no se ha alterado prácticamente la situación anterior a la realización del negocio; de otra parte, quien ha declarado extrajudicialmente su voluntad de impugnar el negocio no podría luego pedir el cumplimiento del mismo como válido. En cualquier caso, debe reconocerse la posibilidad de que los interesados solucionen por sí solos la situación: no es razonable forzar a la vía judicial a dos personas que están de acuerdo, cuando los intereses implicados son privados, no hay perjuicio para tercero ni se contraría el interés o el orden público. De manera que, en mi opinión, todos los interesados pueden acordar considerar el negocio como viciado (a través de un negocio de fijación o *accertamento*); y la restitución recíproca de cosa y precio voluntariamente realizada habrá de valorarse como restauración de la situación anterior y no, por ejemplo, como debida a resolución o a mutuo disenso; ello tendrá importancia, por ejemplo, frente a los acreedores de las partes.

5. LEGITIMACION ACTIVA: A) EL "OBLIGADO PRINCIPALMENTE"

Suele decirse que están legitimados activamente para ejercitar la acción de anulación aquellas personas a cuyo favor se ha establecido la anulabilidad. Pero nuestro Código procede a determinar los sujetos legitimados de modo indirecto y menos terminante.

Según el primer párrafo del artículo 1.302, "pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos". Observa Borrell que la palabra "obligados" empleada por la ley no es la más adecuada, "porque si el que es víctima de la causa de nulidad del contrato está obligado por no haber cumplido todavía las obligaciones derivadas del mismo, más que una acción para anularlo lo que le interesa es una excepción por si se le reclama que lo cumpla, y, sin embargo, el Código no menciona dicha excepción. Si, por el contrario, el perjudicado ha cumplido las obligaciones del contrato nulo, que es el caso en que necesita de la acción de nulidad, ya no puede llamársele obligado". Ahora bien, entiendo que "obligados" está utilizado por la ley, aquí como en otros lugares, por "vinculados": aquellos cuyos intereses quedan regulados por el negocio. Se trataría de mera cuestión terminológica o, a lo más, de un defecto de técnica sin mayores consecuencias.

Pero, en algunos casos, no son los vinculados por el acto quienes pueden impugnarlo, sino determinadas personas ajenas al negocio. Me refiero, naturalmente, al supuesto del actual artículo 65 y párrafo último del 1.301, es decir, a los actos realizados por uno de los cónyuges sin el preceptivo consentimiento del otro, en que legitimado para su impugnación está el cónyuge cuyo consentimiento se omitió o sus herederos. Esta desviación de la regla general (ya que el cónyuge de quien contrató no es parte en el contrato ni está vinculado por él) se producía ya antes de la Ley de 2 de mayo de 1975 respecto de los contratos realizados por mujer casada, anulables si carecían de licencia marital, a instancia del marido o sus herederos. En ambos casos la explicación es la misma: la norma pretende proteger precisamente al cónyuge de quien contrató; pero ello no deja de plantear algún problema en cuanto a los efectos de la acción por lo que se refiere a la restauración de la situación anterior.

Dejando aparte estos supuestos, se afirma que, en los de menor edad o vicios del consentimiento, legitimada para la impugnación está sólo una de las partes del contrato, aquella menor de edad o que sufrió el vicio, nunca la otra. Ello es, verosímelmente, lo que quiere decir el Código civil, pero no lo dice así. Según el párrafo segundo del artículo 1.302, "las personas capaces no podrán, sin embargo (y este "sin embargo" introduce una excepción, que como tal habría de interpretarse restrictivamente), alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron" (de modo que, ciertamente, en caso de anulabilidad por incapacidad, sólo el incapaz está legitimado); pero sigue el artículo: "ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato". Olvida aquí el legislador que la violencia o intimidación ha podido ser empleada por un tercero que no intervino en el contrato (artículo 1.268), y que el error ha podido no ser producido por el cocontratante, que, por el contrario, acaso lo ignore. ¿Podrá entonces ejercitar la acción de nulación el cocontratante de quien sufrió violencia o intimidación, para él desconocida, de un tercero; o de quien erró sin ser inducido a ello?

No obstante el portillo que en el artículo 1.302 deja abierto, el propio legislador supone en otros preceptos que sólo uno de los contratantes estará legitimado para pedir la nulación: así, en el artículo 1.311 se señala que puede confirmar el contrato "el que tuviese derecho a invocar" la causa de nulidad (presuponiendo que sólo uno de los contratantes se encuentra en tal situación); lo que resulta definitivamente aclarado en el artículo 1.312, en que se advierte que "la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad". Hay, pues, siempre, tratándose de contratos anulables, y a pesar de la letra del artículo 1.302, un contratante legitimado y otro que no lo está.

6. B) EL "OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE"

La posibilidad de que ejercite la acción de nulidad el obligado subsidiariamente ha hecho dudar sobre la señalada dependencia de la acción respecto de la voluntad del protegido. Sin embargo, la hipótesis, de compleja explicación, es mucho más restringida de lo que la letra del artículo 1.302 da a entender. Ha de relacionarse inmediatamente (como *expressis verbis* indicaba el artículo 1.186 del Proyecto de 1851, y el comentario de García Goyena) con la disciplina de la fianza; y, a través de ella, con la de los obligados solidariamente.

El fiador no puede estar obligado a más, o *in durio rem causam*, que el deudor principal; de otra parte, si se le obligara a pagar en supuestos en que el deudor principal podría negarse, se encontraría con esta negativa al ejercitar frente a él su acción de reembolso. En materia de fianza, se ha recibido la distinción romanista entre excepciones *in personam* y las *rei autem cohaerentes*. Las primeras son las "puramente personales del obligado", en el sentido del artículo 1.824, que ejemplifica: "como la de la menor edad". Las segundas, *rei cohaerentes*, serán las resultantes de la naturaleza viciada de la misma deuda (dolo, violencia, error) y podrán oponerse *etiam invito reo*. Lo que viene expresado por el artículo 1.853 al disponer que "el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda (las ahora citadas), mas no las que sean puramente personales del deudor" (es decir, procedentes de su incapacidad). Atendiendo a los artículos 1.824 y 1.853 Código civil (*vid* también art. 1.845), y de acuerdo con la doctrina tradicional, el fiador del incapaz no puede ejercitar la acción de nulidad por esta causa, sino que ha de pagar ineludiblemente.

Por lo que se refiere a las obligaciones del deudor principal viciadas por error, dolo o violencia, tampoco puede el fiador hacerlas anular en ejercicio de un propio poder de impugnación. Su situación es la siguiente: si ejercitó la acción el obligado principal, podrá exceptuar frente a la pretensión del acreedor la definitiva ineficacia de la obligación principal y, consiguientemente, de la suya (cosa que, insisto, no podría hacer en el supuesto de que la causa de anulabilidad fuera la incapacidad del deudor principal); si el deudor principal todavía no ha impugnado ni confirmado (confirmación contra la que nada podría hacer el fiador), no me parece que el fiador pueda impugnar por sí (ni siquiera *utendo iuribus* de su eventual deudor en razón de la acción de regreso). El artículo 1.853 le autoriza tan sólo a oponer al acreedor la excepción correspondiente, para evitar que, obligado a pagar, se encontrara luego privado de la acción de regreso por oponerle el deudor principal la excepción que le corresponde. Pero ello no significa, en mi opinión, que el contrato quede definitivamente anulado, sino tan sólo que el fiador puede negar la prestación en tanto que corresponda al deudor principal el derecho de anular el negocio jurídico que es base de su obligación (*cf.* § 770 BGB). Por lo

demás, podrá el fiador provocar fácilmente que el deudor principal impugne o confirme: bien poniendo en noticia del deudor principal su intención de pagar, con lo que, si éste permanece inactivo, no podrá luego oponer al fiador que pagó la excepción que le correspondía (artículo 1.840); bien procediendo judicialmente al ser demandado por el acreedor contra el deudor principal, a lo que se encuentra facultado por el artículo 1.843 (acción llamada de relevación o cobertura), lo que quizá posibilite la deseable llamada a juicio del deudor principal, al menos a través de la acumulación de autos; o bien, por último, en los casos ordinarios, mediante ejercicio de la excepción de previa excusión. Como puede verse, la decisión sobre la conveniencia de impugnar el negocio anulable corresponde íntegramente a quien sufrió el vicio de error, dolo o intimidación; mientras que al fiador no se le obliga al pago sino cuando tienen garantizada la acción de regreso.

A conclusiones similares llegaríamos respecto de los terceros constituyentes de hipoteca, prenda (regular o irregular) o depósito en garantía, por extensión analógica de las reglas de la fianza.

Por lo que se refiere a los obligados solidariamente, el precepto del artículo 1.148, anómalo en el Derecho comparado, plantea graves dudas no resueltas unánimemente por la doctrina. Este artículo autoriza a cada codeudor solidario a servirse de las excepciones "que personalmente correspondan a los demás" en la parte de deuda de que éstos fueren responsables; excepciones entre las que se encontrarían, en principio y por lo que aquí interesa, tanto las relativas a la incapacidad como a los vicios del consentimiento. Tal norma no sólo es contraria a la habitual en el Derecho comparado (en particular, en el modelo más socorrido del Código civil, es decir, el Código civil francés), sino también a la tradición castellana y al Proyecto de 1851, sin que se sepa el motivo que llevó al legislador del 1888 a este cambio. Únicamente puede encontrarse en la doctrina de la época una oscura alusión a la conveniencia de que cada codeudor solidario pueda oponer en compensación el crédito correspondiente a otro deudor, por la parte de deuda de que este sea responsable. No es esta la ocasión oportuna de extenderme sobre la interpretación de este difícil precepto, por lo que me limitaré a adelantar la conclusión a que personalmente he llegado en trabajo inédito sobre la fianza solidaria. Este precepto supone un acercamiento de la regulación de la solidaridad pasiva a la de la fianza, en el sentido de la *fideiussio* recíproca, sobre la que la doctrina discute a partir de la Novela 99 de Justiniano. Por ello, sus efectos no pueden llevarse más allá de los propios de la fianza, lo que, en particular, excluye que un codeudor solidario pueda oponer la excepción de incapacidad de su codeudor (ésta sería excepción "puramente personal", no aludida en el artículo 1.148), y el ejercicio de la excepción tendría aproximadamente las mismas consecuencias que acabo de señalar para el fiador.

7. C) OTROS PROBLEMAS DE LEGITIMACION ACTIVA

Siendo varios los sujetos de un negocio, cualquiera de ellos puede por sí solo hacer valer la anulabilidad debida a causas a él referidas; pero queda la duda de si el ejercicio de la impugnación repercutirá sobre la totalidad del negocio o bien se mantendrá en los límites de la parte correspondiente al sujeto que impugna. Esta última parece ser la regla general, si bien tratándose de contratos con prestaciones correspectivas la contraparte podrá verosímelmente forzar la resolución —total— por incumplimiento parcial; de otra parte, los demás sujetos en quienes no recaen las causas de impugnación podrán hacer valer la nulidad total del negocio cuando la vinculación del que impugnó deba entenderse como condicionante de las demás declaraciones de voluntad.

De la lectura de ciertas declaraciones jurisprudenciales podría inferirse que cualquier perjudicado por el negocio anulable, en particular los acreedores del protegido, podría impugnarlo. En realidad, las sentencias que podrían invocarse se refieren a casos de nulidad absoluta (designada o no con este nombre), en especial de simulación. La doctrina prácticamente unánime —la excepción podría ser Borrell— niega legitimación a cualesquiera otras personas distintas de las designadas expresamente por la ley como protegidas.

Cuestión distinta es si podrán los acreedores subrogarse en el ejercicio del poder de impugnación que corresponda a su deudor. Lacruz, en trabajo dedicado precisamente al objeto de la acción subrogatoria, se inclina por la afirmativa. A esta opinión no se opone el hecho de que las facultades de anulación sean calificadas en los artículos 1.824, 1.853 y 1.148 de “personales” o “puramente personales” (y el artículo 1.111 excluya de la acción subrogatoria los derechos “inherentes a la persona”), pues el adjetivo “personal” está utilizado en sentidos distintos: como dice el propio Lacruz, “hablar de causa de nulidad inherente a la persona no significa que los acreedores hayan de abstenerse de ejercitar la acción cuya causa esté relacionada de algún modo con la persona del deudor (incapacidad, error, dolo, violencia, etcétera), sino sólo aquellas que aun versando sobre un bien apreciable en dinero se hallen de tal modo vinculadas a él, que sería inmoral confiar a otro la decisión sobre la conveniencia de intentarlas o no”. Ahora bien, es significativo que al propio tiempo Lacruz excluya que los acreedores puedan ejercitar la facultad de confirmar el negocio anulable, facultad que permanecería siempre (aun después de la “anulación” por los acreedores) en manos del deudor; lo que despoja, según creo, de sentido propiamente anulatorio a la intervención de los acreedores, que acaso no sea otra cosa que un medio de forzar al deudor a manifestarse definitivamente sobre la anulación o la confirmación.

8. LEGITIMACION PASIVA

La acción habrá de dirigirse contra la otra parte del negocio o sus causahabientes. Siendo el negocio unilateral, contra el destinatario de la declaración recepticia. Si la declaración no es recepticia, parece que legitimado pasivamente estará el beneficiado indirectamente por el acto y perjudicado consiguientemente por su anulación: por ejemplo, herederos que acrecieron en virtud de la renuncia que se impugna, ocupante de la cosa abandonada. Han de ser demandados todos los legitimados pasivamente en cada caso: de otro modo se apreciará la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Suele decirse que si la acción tiene por objeto declarar la ineficacia de posteriores enajenaciones hechas en base al negocio que se impugna, habrá que demandar también a los terceros adquirentes que resultarían afectados en su consecuencia. Pero, según creo, tales terceros adquirentes ni son destinatarios de la declaración de impugnación, ni reza con ellos la restitución prevista en el artículo 1.303 (que se circunscribe a las partes del contrato). Cuándo y por qué medio distinto del del artículo 1.303) estarán obligados a entregar la cosa objeto del contrato anulado, es asunto de que hablaré más adelante (núm. 12). Naturalmente, si de ellos se pretende la entrega habrán de ser demandados, pero no propiamente en razón de la acción de impugnación.

9. LA SITUACION DEL CONTRANTE NO LEGITIMADO

El contratante que no dispone de la acción de anulación se encuentra en una posición incómoda e insegura, en cuanto que los efectos del negocio están en manos de otra persona, que bien puede mantener esta situación de objetiva inseguridad hasta la caducidad de la acción (por lo menos cuatro años). El Código no se ha preocupado de la situación del contratante no legitimado, acaso por pensar que éste es siempre culpable, causante de la anulabilidad, y por tanto indigno de protección. Pero ya he advertido antes cómo la premisa no es totalmente correcta: quien contrató con incapaz o con quien sufrió violencia o intimidación de un tercero, o con quien erró, puede ser ajeno y desconocedor de estas causas de anulación. En cualquier caso, no hay por qué llevar los perjuicios para el culpable más allá de lo que exige la razonable protección del inocente: parece deseable que pueda forzarse a éste a decidir definitivamente sobre la eficacia o ineficacia. Se ha pensado para ello en utilizar la vía de la acción de jactancia, pero ya se ve que ello sólo será posible en casos excepcionalísimos. De Castro propone, para salvar la dificultad, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si el contrato se ha consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del contrato.

Situación especial y distinta es la de quien contrató con persona casada que no contaba con el "consentimiento" de su cónyuge requerido para tal acto. La caracterización decidida del supuesto como de anulabilidad por parte del legislador, hace muy difícil la aplicación, aun por analogía, del artículo 1.259, con la posibilidad que éste confiere al cocontratante de desligarse del contrato mientras no sea ratificado; posibilidad que, sin embargo, parecería la adecuada, al menos en algunos de los supuestos (de los que, de momento, no es fácil formular una enumeración exhaustiva, y que no parece hayan de ser todos de la misma naturaleza) a que se aplica el nuevo artículo 65. Negada esta posibilidad, parece que el cocontratante desconocedor de la causa de anulación, podría todavía pedir la resolución del contrato por incumplimiento, que quedaría enervada por la eventual confirmación por parte del cónyuge cuyo consentimiento se omitió.

10. EFECTO DECLARATIVO Y EFECTO RESTITUTORIO. (ARTICULO 1.303)

Pueden distinguirse dos clases de efectos: declarativo y restitutorio. De una parte, declarada la nulidad, aparece la originaria invalidez del negocio y se destruye retroactivamente su eficacia. A partir de este momento el supuesto negocial se valorará como nulo desde el principio, y esto respecto de cualesquiera personas, no sólo los contratantes: por ello, la denominación de "nulidad relativa" con que a veces se conoce esta figura es ambigua, ya que oculta que la nulidad, una vez declarada, se impone a todos. Las atribuciones patrimoniales realizadas en virtud del negocio anulado serán valoradas como producidas sin causa: el comprador, por ejemplo, que recibió la cosa, como poseedor (de buena o mala fé, según los casos) no propietario, etc. Se dice por ello que los efectos de la anulación se producen *ex tunc* con retroactividad real.

Ahora bien, si el contrato fue cumplido produciéndose desplazamientos patrimoniales, no basta con esta declaración general de nulidad, sino que para la satisfacción práctica de los intereses de quien invocó la nulidad es necesario proveerle de un medio ágil de restaurar la situación anterior fácticamente cambiada. En teoría, sería suficiente con las acciones genéricas de cobro de lo indebido, que podrían utilizar ambas partes (también la que no estaba legitimada para invocar la nulidad), y que no tendrían conexión recíproca. Pero más adecuados, aun a riesgo de cierta contradicción lógico-formal, hacer nacer, como efecto precisamente de un negocio ya para siempre nulo e ineficaz, una acción específica que, en el caso de haber sido cumplido un contrato (anulado) con prestaciones correspectivas, mantiene la reciprocidad en la restitución. Este es el sentido del artículo 1.303, según el cual, "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del

contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". La regla de reciprocidad se subraya todavía en el artículo 1.308: "Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba". Ambos artículos están pensados para el supuesto de que el contrato anulado produzca obligaciones para ambas partes, que las hayan cumplido, y, más específicamente, el 1.303 parece referido a la compraventa. Pero, con base en los mismos, es posible pedir la restitución de la prestación única realizada, así como la suma de dinero correspondiente a la prestación de servicios por su naturaleza irrestituibles *in natura*. La referencia a los frutos e intereses indica que el legislador ha pretendido conseguir un resultado económico para cada una de las partes equivalente a la situación en que se encontrarían si el contrato anulado nunca se hubiera celebrado. Ello inclina a pensar que habrá que tener en cuenta igualmente la depreciación de la moneda, en su caso. Por lo que se refiere a los frutos de la cosa, puede dudarse si el obligado a restituirla habrá de satisfacerlos en todo caso (como parece indicar la letra del artículo 1.303), o si habrá, por el contrario, que aplicar las normas sobre adquisición y restitución de frutos por el poseedor, según sea éste de buena o mala fé. Esta última es mi opinión, que argumento en otro lugar. La letra del artículo 1.303 se explica porque el legislador cuenta, erróneamente, como hemos visto, con que siempre la parte no legitimada para la impugnación ha procedido de mala fé; y se salva entendiendo que la mención que hace de los frutos, como general, ha de integrarse con la referencia a la disciplina específica de los mismos contenida en los artículos 451 y 455.

11. DEBER DE RESTITUCION Y PERDIDA DE LA COSA

Según el artículo 1.307 "siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha". A pesar de su apariencia de generalidad, este precepto no se aplica a la parte legitimada para pedir la anulación en el caso considerado en el artículo 1.314, es decir, cuando la pérdida de la cosa se deba a su dolo o culpa. (De este artículo me ocupé en el número siguiente). Nos preguntamos también si la parte contraria habrá de restituir el valor de la cosa cuando ésta se perdió sin su culpa por caso fortuito. Manresa lo niega, invocando los artículos 1.105 y 1.182, y observando que precisamente la ineficacia del contrato hace que las cosas sigan perteneciendo de derecho a quien exige su devolución y para él deben perderse. Además —dice este autor—, si con la exoneración a la parte contraria de responsabilidad por la pérdida, no interesa ya la anulación a quien la pide, nada le obliga a exigirla y po-

drá optar por la confirmación. Pienso por mi parte que procede, también aquí, distinguir según la parte contraria conociera o hubiera debido conocer la causa de la nulidad y por tanto ha procedido de mala fe en la recepción de la cosa, o, por el contrario, pueda considerarse-le como de buena fe. En el primer caso, único tenido en cuenta por el legislador, responderá de la pérdida aun por caso fortuito, según el sentido claro del texto legal, que acoge el criterio concordante con el del artículo 1.896 (y acaso con la limitación contenida en la última parte del mismo). Si por desconocer la causa de anulabilidad aceptó de buena fe la entrega de la cosa, sólo responderá en la medida señalada en el artículo 1.897.

Por pérdida de la cosa habrá de entenderse, en principio, como sugiere Manresa, lo que por tal indica incidentalmente el artículo 1.122: "La cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar".

12. ¿LA ENAJENACION EQUIVALE A PERDIDA?

Podemos preguntarnos también si a la pérdida de la cosa se equipara su enajenación. Ello nos obliga a plantear previamente si, y cómo, puede recuperarse la cosa que se encuentre en manos de tercero adquirente; ya que es claro que no podría exigirse a la vez la cosa (del tercero) y su precio o valor (del contratante). En la jurisprudencia es frecuente que se haga valer contra el tercero el artículo 1.303, en cuya virtud, se dice, estará aquél obligado a restituir la cosa, ya que la anulación tiene efectos retroactivos *erga omnes*. Ahora bien, el artículo 1.303 se refiere expresamente a los contratantes, y establece una restitución recíproca de cosa y precio que no tiene sentido respecto de quien no fue parte en el contrato. La solución debe buscarse, a mi modo de ver, por otro camino. El tercero recibió la cosa de un no propietario (pues como tal ha de considerarse ahora, anulado ya el contrato, al contratante), y por tanto sin eficacia traslativa de la propiedad. Salvo que haya usucapido, o esté protegido por el Registro o por el artículo 464 Código civil (según se trate de cosa inmueble o mueble), estará sujeto a la reivindicación del propietario. Si éste se decide por recuperar la cosa mediante la reivindicatoria, acaso pueda todavía pedir al cocontratante frutos e intereses *ex* artículo 1.307 Código civil; piénsese que no siempre podría conseguirlos del tercero, que puede ser poseedor de buena fe. Si, por el contrario, opta por dirigirse únicamente contra el cocontratante, podrá exigirle el valor o el precio de la cosa en la forma que antes he explicado para el caso de pérdida; este comportamiento —que me parece siempre posible a elección del actor— comporta ratificación del negocio ineficaz (por no ser dueño de la cosa quien dispuso sobre ella, ni tener poder para ello), en el sentido del párrafo segundo del artículo 1.259.

13. LA RESTITUCION POR EL INCAPAZ (ART. 1.304)

Cuando la anulabilidad tiene como fin la protección de un incapaz, no está obligado éste a restituir sino “en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera”. Esta norma debe ponerse en relación con el artículo 1.163, según el cual, “el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”. De este modo se explica la *ratio* del precepto: el incapaz no ha de restituir sino aquello que válidamente le fue pagado; el “enriquecimiento” del artículo 1.304 no equivale a la mera recepción material de la cosa o dinero, sino al hecho de haberse convertido en utilidad del incapaz; lo cual habrá de ser probado, según las reglas generales, precisamente por quien afirma haber hecho el pago.

La conversión en utilidad del incapaz no ha de consistir necesariamente en un aumento material y duradero de su patrimonio, sino también en el empleo beneficioso y prudente que el incapaz haga de aquello que recibió dentro de lo que determinen sus necesidades, posición y deberes que le ligen a otras personas: no sólo, pues, el aumento efectivo de su patrimonio, sino también cuando se evita un gasto o se satisface una necesidad de la persona o del patrimonio del menor.

Se ha dudado si la disciplina privilegiada del artículo 1.304 se aplica a todos los incapaces, sujetos o no a tutela, ya sea el contrato anulable o bien plenamente nulo por falta de consentimiento. En principio, la respuesta me parece que ha de ser afirmativa, a pesar de los precedentes romanos referidos al sometido a tutela y de la dicción del artículo 1.163 (“persona *incapacitada* para administrar sus bienes”). En este sentido se produce la jurisprudencia. Pero también en la jurisprudencia se encuentra algún atisbo de diferenciación, no según la situación del incapaz (declarado o no como tal), sino de acuerdo con el comportamiento de quien con él contrató, según haya conocido y aprovechado la incapacidad de la otra parte, o hubiera debido conocerla, o bien ni siquiera con la diligencia media exigible hubiera podido darse cuenta de ello. Así, la Sentencia de 9 de febrero de 1949, que aplica el artículo 1.304 en un supuesto de enfermedad mental sin declaración de incapacidad, advierte que “por méritos de equidad pudiera mitigarse el rigor de la referida doctrina otorgando trato jurídico distinto para la restitución al contrayente capaz, según éste haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante”, si bien añade la misma sentencia que no se hace en este caso un tratamiento distinto por no haber en los autos antecedentes al efecto. Este trato jurídico distinto (es decir, la aplicación del artículo 1.303), me parece más claro cuando el contratante capaz pueda a su vez impugnar el negocio por haber sufrido error sobre la capacidad de su cocontratante (en las circunstancias normales en que este error

es relevante) y sobre todo cuando pueda invocar el dolo por parte del incapaz.

Podría dudarse si las consecuencias de la anulación de los actos realizados por mujer casada sin licencia de su marido, cuando ésta era necesaria, eran las del artículo 1.304: así lo afirmaba Manresa. Hoy es claro que a los supuestos del artículo 65, redactado nuevamente por Ley de 2 de mayo de 1975, se aplicará el artículo 1.303, es decir, la regla de restitución recíproca y plena de cosa y precio.

14. EXTINCION DE LA ACCION. CADUCIDAD

La seguridad jurídica exige que la situación claudicante del negocio anulable, y en particular de los desplazamientos patrimoniales efectivamente producido en su cumplimiento, no dure indefinidamente, sino que a la posibilidad de hacer valer la causa de anulación se le señale plazo relativamente breve de ejercicio. Así, el artículo 1.301 dispone que "la acción de nulidad sólo durará cuatro años". La doctrina aprecia aquí un supuesto de caducidad, no de prescripción (con lo que excluye la interrupción), sobre la base de la dicción legal (*durará y sólo*), y de la finalidad del plazo a que se sujeta el ejercicio de un derecho potestativo o de configuración jurídica. El artículo citado señala a continuación el momento inicial del plazo de los cuatro años, diciendo, en su actual redacción dada por Ley 2 mayo 1975, lo siguiente: "Este tiempo empezará a correr: en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuera necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

Entiendo que el plazo se refiere a la acción de restitución, por lo que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato. Así dice la ley expresamente para los casos de error, dolo y falsedad de la causa. Pero lo mismo ha de pensarse para los restantes supuestos, en los que el momento inicial distinto que se señala ha de entenderse posterior al del cumplimiento: antes del cumplimiento no podría exigirse la restitución recíproca de cosa y precio. Naturalmente, descubierto el vicio antes de iniciar el cumplimiento, podría el afectado por él interponer una acción meramente declarativa al respecto. Pero ello ni tendrá sentido práctico en la mayoría de los casos, ni será posible por falta de interés en la acción meramente declarativa sino cuando de contrario se haya exigido ya el cumplimiento. Ahora bien, entonces tal acción será ejercitable siempre, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que cesó la intimidación o violencia,

o desde que el incapacitado salió de la tutela o se disolvió la sociedad conyugal o el matrimonio.

Con este planteamiento, según el cual el plazo de caducidad de los cuatro años se refiere únicamente a la acción de restitución (planteamiento que tomó en lo esencial de De Castro, y que me parece resultar claramente de una lectura atenta del articulado del Código, el cual, en 1888, no podría ocuparse de una acción meramente declarativa), creo que se logra una explicación aceptable sobre el tema tantas veces debatido de la caducidad o no de la excepción de nulidad. Como es sabido, sobre la base de un texto de Paulo (*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*), se discutió de antiguo sobre la perpetuidad de la excepción en los supuestos de dolo o miedo (lo que solía afirmarse), la que se negaba en caso de restitución *in integrum*. La doctrina española moderna, observa De Castro, comienza estando dividida y últimamente parece más bien indecisa. Parecen enfrentarse razones de técnica jurídica (equiparación entre acción y excepción en sentido sustantivo) a razones de equidad. La jurisprudencia, en atención a estas últimas, se ha inclinado siempre por la perpetuidad de la excepción, y en la doctrina se ha señalado (concretamente por Albaladejo) que tal criterio cabe dentro de la letra del Código y puede aceptarse, porque en los casos en que suele aducirse producirá consecuencias más equitativas que el contrario. En mi opinión, hay algo más que razones de equidad. Está la letra de la ley, que habla de acción y de ejercitar la acción; y el precedente del Proyecto de 1851 (art. 1.184), con la explicación clara de García Goyena. Acción, en el Código civil, no puede ser sino una acción de condena, y por tanto, aquí, la que conduce a la restitución recíproca de cosa y precio, la cual sólo puede nacer iniciado al menos el cumplimiento del negocio. La acción meramente declarativa podrá ejercitarse cuando haya interés legítimo para ello, el cual no surgirá normalmente mientras, aún no iniciado el cumplimiento, tampoco haya sido reclamado; y de otra parte, habrá desaparecido cuando, cumplido el contrato, se haya extinguido ya la acción de restitución.

15. EXTINCION DE LA ACCION POR PERDIDA CULPABLE DE LO RECIBIDO

“También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos —dispone el artículo 1.314—, cuando la cosa objeto de éstos se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla”. Este precepto confirma la idea de que la acción de nulidad a que se refiere el legislador es precisamente la restitutoria, única cuya extinción puede razonablemente relacionarse con la pérdida de la cosa. Pero, en sí mismo, presenta el precepto difíciles problemas de interpretación. Se ha pensado en relacionar esta causa de extinción de la acción con la confirmación, de modo que vendría a ser una variante de la misma: en este sentido se manifiesta Díez Picazo. Para ello tenemos que su-

poner que la pérdida de la cosa ocurre cuando el legitimado para la impugnación tiene conocimiento de la causa de nulidad y ésta ha cesado, pues sólo entonces cabe confirmar. En este supuesto, la destrucción voluntaria de la cosa (el dolo a que se refiere el precepto no estaría con todo en la destrucción de la cosa, sino en la posterior interposición de la acción), se valoraría como confirmación tácita o, si se quiere, como un acto propio contra el que no se permitiría luego la conducta contradictoria y desleal de la impugnación del negocio. En esta línea interpretativa, es decir, tendiendo a considerar el supuesto como de confirmación, resulta más difícil de explicar el caso en que la pérdida de la cosa haya obedecido a negligencia o descuido del titular de la acción. Como advierte Díez Picazo, cabe cuestionar qué tipo de negligencia es el aquí aludido, toda vez que al ser el contrato anulable un negocio eficaz, aunque claudicante, la cosa pertenece al que la pierde. Puede pensarse entonces que el titular de la acción de anulación tiene un deber de diligencia, una vez que conoce la existencia de la causa de anulación (pero no antes), acaso derivado del deber general de buena fe, cuyo cumplimiento le impediría el posterior ejercicio de la acción. En cualquier caso, no parece que el supuesto pueda considerarse como de confirmación tácita en sentido riguroso.

En un planteamiento totalmente distinto, consideramos la extinción de la acción de restitución como consecuencia del principio de reciprocidad enunciado en el artículo 1.303 y reiterado en el artículo 1.308, al haberse hecho imposible el cumplimiento de su obligación por quien luego reclama la de la otra parte. Es indiferente entonces el tiempo en que se perdió la cosa, que puede ser anterior al conocimiento de la causa de anulación. Esta interpretación del artículo 1.314, a la que parece inclinarse Manresa, es más conforme a su precedente más inmediato, el artículo 1.188 del Proyecto de 1851, en el que se atendía a la pérdida de la cosa ocurrida precisamente antes de empezar a correr el término de los cuatro años; lo que en los casos de error y dolo sucedía desde que se tuvo conocimiento del uno y del otro, de forma que era imposible entender el efecto extintivo de la pérdida de la cosa como confirmación tácita.

Que esto es así se comprueba en el Código comparando en esta materia el régimen de la rescisión. Según el artículo 1.295 “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses”, en dicción sensiblemente igual a la del artículo 1.303. Pues bien, el artículo 1.295 prosigue: “*En consecuencia* —y merece subrayarse esta ilación— sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado”. Es decir, para el legislador, la regla según la cual perdida por cualquier causa la cosa que uno debe entregar, se extingue el derecho a reclamar la entrega de contrario, está implícita o es consecuencia de la que establece la restitución recíproca de cosa y precio. La norma del artículo 1.314 supone entonces una excepción relativa, introducida en beneficio de quien tiene a su favor la acción de anulación, en cuanto que le per-

mite ejercitarla a pesar de haber perdido la cosa, cuando tal pérdida ocurrió por caso fortuito; excepción que se explicaría, al menos en la mente de García Goyena (véanse sus comentarios a los artículos 1.188 y 1.173 del Proyecto de 1851) en razón de la mala fe presunta de la otra parte.

El segundo párrafo del artículo 1.314, que mantiene en vida la acción de anulación, cuando su causa fuere la incapacidad, a pesar de la pérdida de la cosa (a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad) debe ponerse, pues, también en relación con la regla de restitución de este caso, es decir, el artículo 1.304: el incapaz sólo restituye en cuanto lo que recibió se hubiere convertido en su utilidad, lo cual no ocurre cuando la cosa se ha perdido por cualquier causa.

16. LA SANACION DEL NEGOCIO ANULABLE. EN PARTICULAR, LA CONFIRMACION

Es esencial al concepto de anulabilidad que el negocio pueda producir definitivamente sus efectos propios, fuera ya de toda eventual impugnación, una vez extinguida la acción correspondiente. Si consideramos como causas de sanación del negocio anulable todas las que producen la extinción de la acción de impugnación, tendremos entre ellas el transcurso del plazo y la pérdida de la cosa en los supuestos del artículo 1.314; además de la confirmación en sentido propio. Se ha pretendido más de una vez reconducir todos los supuestos a este último: tanto la pérdida de la cosa como la caducidad de la acción serían una forma de confirmación tácita. Ya he manifestado mi opinión contraria por lo que se refiere al artículo 1.314. La explicación de la extinción de la obligación por el paso del tiempo como forma de confirmación tácita por mero silencio, corresponde a una concepción del Derecho privado en que se procura hacer depender todas las consecuencias jurídicas de la autonomía privada, a través de presunciones o ficciones a veces muy forzadas. En el caso que nos ocupa ha de advertirse que puede haber caducidad de la acción sin que fuera siquiera posible la confirmación: así, cuando cuatro años después de la consumación del contrato no se conoce todavía el error o el dolo, o cuando pasado el mismo tiempo después de la disolución del matrimonio no ha llegado a saber uno de los cónyuges la celebración de un contrato anulable por el otro. Por lo demás, la extinción de la acción por el paso del tiempo no necesita de estas pretendidas explicaciones voluntaristas, ya que tiene su fundamento en la idea de seguridad jurídica.

Ocupémonos ahora de la confirmación. Característica de los negocios anulables, hasta el punto de que se ha considerado su existencia como criterio de ser el supuesto de anulabilidad, es expresión de la idea fundamental de la misma: dejar en manos del favorecido la decisión última sobre la eficacia o ineficacia definitivas del negocio. Es una declaración de carácter negocial, aunque no un negocio jurídico, si re-

servamos este nombre estrictamente para los que fundamentan la relación negocial y sirven de título de los derechos que originan. Se aplicarán, por tanto, las reglas generales de capacidad, vicios, etc., que pueden inducirse y generalizarse para todos los negocios jurídicos y declaraciones a ellos semejantes a partir de la regulación que el Código hace para los contratos. Quienes lo consideran negocio jurídico, advierten su carácter de integrativo, complementario o accesorio del anulable a que se refiera: calificativos quizá no del todo adecuados, en cuanto que el negocio anulable no es incompleto, su ciclo de formación se encuentra completamente cerrado y está produciendo los efectos que corresponden a su contenido.

Efectos de la confirmación son, en principio, dos: extinción de la acción de nulidad (art. 1.309) y purificación del contrato de los vicios de que adoleciera (art. 1.313). Atendiendo principalmente al primero de estos efectos se ha configurado la confirmación como renuncia a la acción de impugnación (en nuestra doctrina, en particular Gullón); y se ha advertido (Albaladejo) que los aspectos positivo y negativo de la confirmación (es decir, querer mantener el negocio y renunciar al derecho de impugnarlo) son el anverso y el reverso de una misma cosa; pues quien quiere la validez de una cosa definitivamente, no puede dejar de renunciar a impugnar, ni quien renuncia a impugnar puede querer la invalidez. En mi opinión, la voluntad declarada puede dirigirse en cualquiera de estos sentidos, sin que las consecuencias varíen. Pero acaso no sea exactamente lo mismo la extinción de la acción de nulidad y la purificación de los vicios de que adolecía el contrato, ni, por tanto, reiteración inútil la de los artículos 1.309 y 1.313: la confirmación puede realizarse en momento anterior al nacimiento de la acción de impugnación (por ejemplo, descubierto ya el error o el dolo pero antes de la consumación del contrato), supuesto en que no sería exacto apreciar una renuncia de lo que todavía no se tiene.

Dispone el artículo 1.312 que la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad; de donde se deduce normalmente el carácter unilateral (e incluso no recepticio) de la confirmación, a la manera de ejercicio de un derecho potestativo o de un poder de configuración jurídica. Pero no se excluye, y puede ser frecuente, que la confirmación se produzca a través de negocio bilateral con aspectos transaccionales.

Como requisitos de la confirmación pueden señalarse:

a) Que el negocio adolezca de un vicio sanable o, lo que es lo mismo, que sea anulable en sentido estricto. El artículo 1.310 establece que “sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261”, lo que podría suscitar la duda sobre los contratos nulos de pleno derecho por infracción de una prohibición legal. Pero la expresión del artículo 1.310 es rigurosamente paralela a la que en el 1.300 expresa cuándo los contratos pueden

ser anulados, de modo que el ámbito de la anulabilidad y el de la confirmación coinciden exactamente.

b) Que la causa de anulabilidad haya cesado.

c) Que la causa de anulabilidad sea conocida por quien confirma.

Estos dos últimos requisitos los menciona el Código en el artículo 1.311 únicamente respecto a la confirmación tácita, y no respecto de la expresa. Sin embargo, como señalan Albaladejo y Gullón, como quiera que en la voluntad expresa debe existir una voluntad de confirmar, el conocimiento constituye una necesidad lógica, pues no puede ser querido aquello que no es conocido. No se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnabile. Mientras que si la causa de anulación no hubiera cesado, la declaración de voluntad confirmatoria se encontraría afectada del mismo vicio y sería tan impugnabile como el negocio a que se refiere.

La confirmación puede ser expresa o tácita. El Código no se ocupa en particular de la primera; pero de la simple existencia y caracteres de la segunda, así como de la comparación con otros Códigos (el francés y el italiano exigían para la eficacia de la confirmación expresa que el acto contuviera la sustancia de la misma obligación, la mención del motivo que la hacía viciosa, y la declaración de la intención de reparar el vicio sobre que la acción de anulación se sustentaba), se deduce con claridad que en nuestro Derecho la confirmación expresa no necesita forma alguna determinada ni un contenido prescrito. Advierte Díez Picazo que, en cada caso, el establecimiento del sentido y del significado de la declaración confirmatoria deberá ser objeto de interpretación de acuerdo con los principios hermenéuticos generales.

“Se entenderá que hay confirmación tácita —explica el artículo 1.311— cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”. “Implicar necesariamente” ha sido entendido por el Tribunal Supremo en el sentido de mediar “enlace preciso y directo” entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria. El mismo Tribunal ha tenido ocasión de apreciar confirmación tácita en supuestos como los siguientes: se ejercitaron en beneficio propio las acciones derivadas del negocio anulable; se recibieron cantidades o plazos del precio; se dispuso de los bienes recibidos; el Ayuntamiento consignó en su presupuesto las cantidades debidas; el marido presenció lo realizado por su mujer o se aprovechó de ello. Puede convenirse con Díez Picazo que no se trata sólo, o no tanto, de inducir a través de los hechos concluyentes la voluntad de confirmar, cuanto de apreciar objetivamente si la posterior impugnación del negocio constituiría una inadmisibile contradicción al sentido de la propia conducta. La historia doctrinal del principio *venire contra factum proprium* inclina en este sentido.

Los efectos sanatorios de la confirmación se imponen *erga omnes*: es decir, el negocio anulable vale también para los terceros como si desde el principio careciera de vicios. Pero ello no supone una retro-

acción de los efectos de la confirmación. El negocio ahora confirmado era ya eficaz para todos desde el principio, y ahora simplemente deja de estar amenazado por la impugnación, lo mismo que sucede en los demás casos de extinción de la acción de anulación. Por ello, el discutido caso del menor que vende un inmueble y que al ser mayor lo vende a otra persona, y que todavía después confirma la primera venta, habrá de decidirse en el Derecho español —según observa De Castro— conforme al criterio del artículo 1.473, considerando la venta hecha durante la menor edad como la de fecha más antigua.

17. CONCURSO DE VARIAS CAUSAS DE ANULABILIDAD, Y DE LA ANULABILIDAD CON OTRAS CAUSAS DE INEFICACIA

En el concurso de varias causas de ineficacia se plantea un notable problema de Teoría general del Derecho y una pluralidad de cuestiones prácticas. El problema de Teoría general fue suscitado en la doctrina moderna, como es sabido, por el famoso trabajo de Kipp, en 1911, “sobre los dobles efectos (*Doppelwirkungen*) en el Derecho, en particular sobre la concurrencia de nulidad y anulabilidad”. Frente a una concepción de la “causalidad jurídica” tomada de las ciencias de la naturaleza, para la que “un derecho que ha surgido no puede surgir otra vez, y un derecho que no ha existido o que ha sido suprimido no puede luego ser anulado” (así, por ejemplo, Von Tuhr), se hace notar que la relación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica no puede concebirse al modo de la causalidad física, sino que el supuesto de hecho no es sino condición para mandatos jurídicos. No hay ninguna dificultad en que concurren dos fundamentos del mismo mandato jurídico (por ejemplo, ser propietario por contrato eficaz y por usucapión) o que una misma relación jurídica tenga que ser negada por dos razones diferentes.

Prescindiendo aquí de mayores consideraciones sobre la base teórico-filosófica de la discusión —para la que podemos remitirnos, entre las obras traducidas al castellano, a la “Introducción al pensamiento jurídico” de Engisch— nos interesa señalar que no parece acertado negar la posibilidad de concurrencia de nulidad y anulabilidad en un mismo negocio. Se ha objetado, en una consideración puramente formal y casi diría verbalista, que el negocio absolutamente nulo, inexistente, que no produce ningún efecto, no podría ser impugnado, como no se podría matar a un muerto, o expulsar a un enemigo inexistente. Pero si nos despojamos de las imágenes y tenemos en cuenta que las distintas formas de ineficacia no son sino disciplinas diversas que el Ordenamiento prevé para cuando concurren ciertas irregularidades o imperfecciones en el negocio, no habrá dificultad en admitir la posibilidad de que la misma disciplina venga ordenada por distintos fundamentos concurrentes, o que disciplinas distintas coincidan en un

mismo espécimen negocial, a reserva de precisar luego, según los casos, cuál de ellas deba prevaler, o cómo se armonizan.

La cuestión tiene importantes consecuencias prácticas. Piénsese en una venta de inmueble, nula de pleno derecho por oponerse a prohibición legal, en que una de las partes prestó el consentimiento por error sustancial. ¿Podrá hacerse valer autónomamente la anulabilidad por esta última causa? Estaríamos tentados a la negativa, no por supuestas razones de lógica como las antes desechadas, sino porque, en principio, el Tribunal debería de oficio apreciar la causa de nulidad de pleno derecho, aun no alegada por nadie. Pero, aparte de que puede quedar oculta en el proceso, piénsese en un tercer adquirente del inmueble, concededor del error, pero no de la infracción legal del negocio en el que no fue parte. ¿Se le consideraría por ello de buena fe y protegido en su caso por el Registro? A esta inconveniente consecuencia nos llevaría negar el carácter de anulable por vicio del consentimiento a negocio que hemos supuesto además nulo de pleno derecho.

Recuérdese, por otra parte, que las consecuencias de la declaración de nulidad, o de la anulación, no son las mismas en todos los casos. Puede suceder que ambos contratantes queden obligados recíprocamente a restituirse las prestaciones: es el caso normal, tanto en la nulidad como en la anulabilidad. Pero también que ninguno de ellos o sólo uno pueda pedir lo entregado, quedándose con lo recibido: es la hipótesis de causa ilícita. O que uno de ellos no haya de restituir sino en cuanto se hubiere enriquecido, cuando la causa de anulación sea la incapacidad. ¿Que disciplina de las tres enunciadas se aplicará a un caso en que concurren los supuestos de dos de ellas, o aun de las tres? (por ejemplo, arrendamiento por menor de edad responsable penalmente de un piso para dedicarlo a prostíbulo —siendo ello conocido por ambas partes— en edificio en que esté prohibido por ley especial el arrendamiento). No encuentro en la doctrina ni en la jurisprudencia guía alguna para resolver estos problemas. Da la impresión de que la disciplina de los artículos 1.305 y 1306 prevalecerá siempre que medie causa ilícita, aun siendo incapaz una de las partes: lo que es aún más claro si hubo delito por su parte. Fuera de este caso, parece también que el incapaz podrá siempre hacer valer la anulabilidad por esta causa, y por tanto la regulación privilegiada del artículo 1.304.

Esto último ocurrirá también cuando concorra, junto a la incapacidad de una parte, otra causa de impugnación a favor de la parte capaz que, por ejemplo, contrató por error o era persona casada y no contaba con el consentimiento del cónyuge necesario en aquel caso.

Por lo demás, pueden concurrir sin duda en el negocio varias causas de anulabilidad, todas por una parte o repartidas entre ambas; cada una de las causas podrá hacerse valer con independencia de las demás, con sus efectos propios. La confirmación por una sola de ellas (por ejemplo, porque se ignoran de momento las demás) no impide impugnar luego con base en una distinta. Problemas específicos pue-

den ser el de incapacidad por ambas partes (parece que ninguna de las dos restituiría sino en la medida del enriquecimiento), y el de intimidación o dolo causados precisamente por el contratante incapaz, en que puede dudarse sobre la aplicación del artículo 1.304, y acaso pueda argumentarse que *malitia supplet aetatem*. La sentencia citada de 9 de febrero de 1949 deja abierta la puerta en este sentido.

Con las anteriores consideraciones sobre concurrencia de causas de anulabilidad, o de la anulabilidad con otras causas de ineficacia, he pretendido, de una parte, suscitar una problemática que me parece rica de consecuencias prácticas y descuidada en la doctrina; de otra, subrayar cómo toda ineficacia, a despecho de su propio nombre, es una peculiar disciplina que a modo de sanción apronta el Ordenamiento ante las diversas irregularidades que pueden acumularse en un negocio y en ningún caso, tampoco en la nulidad de pleno derecho, la mera y simple no producción de efectos.

INDICACION BIBLIOGRAFICA

Son pocos los trabajos dedicados a la anulabilidad en nuestro Derecho. Se ocupan éstos, preferentemente, de la caracterización general de la figura, y de situarla en el esquema de la invalidez o de la ineficacia. Todavía puede avanzarse mucho en la exégesis de los artículos del Código civil, especialmente los relativos a las consecuencias de la anulación.

Es fundamental el capítulo que a la anulabilidad dedica DE CASTRO en *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 497-515, cuyos planteamientos sigo en buena parte y prolongo en algunas cuestiones.

El trabajo de Díez PÍCAZO —del que me reconozco también tributario— *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, ADC, 1961 págs. 809-833, constituye una importante contribución clarificadora al tema de la ineficacia —uno de cuyos regímenes típicos será la anulabilidad—, sus modalidades, y el contenido general de tal situación. Ha sido incorporado luego, mejorado, a *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1970, cuyas páginas 306-313 se dedican a la anulabilidad y la confirmación. Como advierte este autor, una construcción completa del tema exigiría una amplia investigación de la historia de los dogmas y de las ideas que en esta materia dominan la ciencia del Derecho, tarea que se encuentra casi enteramente por hacer. (Para la época del Derecho común sigue siendo capital la vieja aportación de RENARD, Georges, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du Droit romain au Moyen Age*, en "Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, 1903, págs. 214 ss. y 327 ss. Un cuadro más general, en la temática y en el tiempo, en LUTZESCO, George, *Theorie et pratique des nullités*, t. 1, *Nullités des Actes Juridiques à caractère patrimonial*, París, 1938, págs. 43-172; de esta obra hay traducción al castellano, Méjico, 1945).

El artículo de ALBALADEJO, *Invalidez de la declaración de voluntad*, ADC, 1957, págs. 985-1037, se ocupa realmente de los vicios de la voluntad y de las diversas discrepancias entre declaración y voluntad. Está sustituido, con ventaja, por las páginas correspondientes de su *Derecho civil*, I, vol. 2, Barcelona, Librería Bosch, 1975, en que se dedican a la anulabilidad las págs. 424-432.

Conservan su interés los comentarios de MANRESA a los artículos correspondientes del Código civil, en particular a los artículos 1.307, 1.308 y 1.314.

El libro de BORRELL Y SOLER, Antonio M., *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Barcelona, Bosch, 1947, que en su

momento aportó sobre todo una sistematización de la jurisprudencia sobre la materia, resulta hoy desfasado en sus planteamientos y apenas útil.

Para la confirmación, debe partirse de GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La confirmación*, ADC, 1960, págs. 1195-1219. Sobre la relación entre confirmación tácita y *venire contra factum proprium*, DíEZ PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, espec. págs. 170-176.

Ya entregado el presente trabajo, sale a la luz la tesis doctoral de SERRANO ALONSO, Eduardo, *La confirmación de los negocios jurídicos*. Madrid, Tecnos, 1976. Aportación documentada e inteligente, no supone, sin embargo, una reconstrucción en profundidad de la categoría dogmática de la confirmación en nuestro Derecho.

De la restitución de frutos prevista en el artículo 1.303 Código civil me he ocupado en *Adquisición y restitución de frutos por el poseedor*, ADC, 1975, págs. 559-566.

Por último, una reciente exposición de Derecho comparado (con bibliografía) es la de GUGGENHEIM, Daniel, *L'invalidité des actes juridiques en Droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale*, Paris, Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, 1970.

Naturaleza y situación del contrato del «*falsus procurator*»

FRANCISCO RIVERO HERNANDEZ

Doctor en Derecho
Magistrado

SUMARIO: I. LA INGERENCIA EN LA ESFERA JURIDICA AJENA.—1. Planteamiento.—2. Casos de ingerencia sin poder suficiente en nuestro ordenamiento.—3. Representación sin poder y «*negotiorum gestio*».—4. Representación sin poder, o con extralimitación de poder.—5. Estructura del negocio del *falsus procurator*.—II. NATURALEZA Y SITUACION DEL NEGOCIO DEL *FALSUS PROCURATOR*.—1. Diferentes posiciones y teorías: clasificación.—A) Teorías de la nulidad. a) Teoría de la anulabilidad. b) Teoría de la nulidad (absoluta). B) Teorías de la eficacia sometida a condición. C) Teoría llamada «de la oferta». D) Teorías que califican a nuestro negocio como imperfecto, incompleto o en vías de formación. E) Teoría de la ineficacia por defecto de legitimación.—III. NUEVO ENFOQUE.—POSICION PERSONAL.—1. Posibilidad de nuevos puntos de vista y construcción.—2. Fundamento de la protección del ordenamiento jurídico a la actuación del *falsus procurator*.—3. La voluntad de representante y representado en el negocio representativo. A) Su función en el negocio representativo ordinario. B) El papel del representado en el negocio del *falsus procurator*.—4. El contrato del *falsus procurator* en la jurisprudencia española.—5. Conclusión.

I.—LA INGERENCIA EN LA ESFERA JURIDICA AJENA

1. PLANTEAMIENTO .

Hay ciertas zonas y aspectos de las relaciones individuales y sociales donde el ordenamiento jurídico entiende que la mejor forma de regular y encauzar jurídicamente aquellos intereses que estima dignos de protección es precisamente dejando en manos y a iniciativa de los propios interesados la producción y alcance de los efectos jurídicos por ellos buscados. Esa posición de la voluntad individual, de las voluntades de los interesados en la producción de efectos jurídicos, y el dominio de los mismos en extensión y profundidad, es la llamada autonomía privada, en cuanto dejación a la misma por otra voluntad superior y

soberana, la del propio ordenamiento, de un campo y un dominio que era suyo. Y eso se ha convertido en principio fundamental, casi dogma, de todas las culturas jurídicas del área occidental y sus zonas de influencia.

Pues bien: lo normal es que cada individuo regule por sí mismo aquellos intereses que le son propios y los efectos jurídicos que le competen en sus relaciones con otros. Pero hay ciertas ocasiones en que por razones de imposibilidad física o espiritual, o por razones de conveniencia, el interesado no puede o no quiere celebrar el negocio jurídico vehículo o causa de aquellos intereses o efectos. Surge entonces para el Derecho —dice Emilio Betti— el problema de reconocer, dentro de márgenes compatibles con la idea de la autonomía privada, la posibilidad de que el negocio se realice para el interesado por otros, pues dicha sustitución de persona en la conclusión del negocio, y por tanto en sus consecuencias y efectos, encuentra sus límites en la misma noción de la autonomía privada. «En efecto —continúa Betti—, la tutela jurídica del negocio reconoce su justificación fundamental en la idea de que cada uno debe ser dueño de mandar en casa propia y regir sus propios asuntos como mejor crea; pero esta idea tiene por presupuesto la coincidencia, al menos normal, del sujeto del negocio con el del interés regulado por éste. Si se debiese de admitir sin limitaciones que cualquiera pudiese subrogarse al interesado para celebrar negocios por cuenta de él, la sanción del negocio erraría su finalidad, es decir, cesaría de ser tutela de la autonomía para, en cambio, proteger y promover la invasión de la esfera jurídica ajena. Por tanto, sólo dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos puede el Derecho admitir una sustitución de persona en la celebración del negocio, sin que desaparezca el objeto de la tutela que le es concedida.» (1).

El patrimonio, dice Núñez Lagos (2) con frase gráfica —la esfera jurídica de cada uno, podríamos decir en términos más generales—, es como el hogar, inviolable; no se entra en él sin consentimiento del dueño o mandamiento del juez.

Efectivamente: la invasión de la esfera jurídica ajena, sin más, es algo contrario a Derecho, en cuanto que esa esfera jurídica es una prolongación de la propia personalidad del individuo, y como tal, deber ser, es, protegida por el Derecho. Aquella invasión es, en principio, antijurídica, un ilícito penal o civil, según los casos (3).

Ello no impide que el propio ordenamiento jurídico en determinadas circunstancias autorice ciertas formas de invasión, dentro del mismo campo de la autonomía de la voluntad, y del juego de las previ-

(1) «Teoría general del negocio jurídico», trad. española de MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1959, p. 419.

(2) «La ratificación», *Rev. Derecho Notarial*, 1956, enero-marzo, p. 43; y en t. XXX, vol. I del Código civil de *Mucius Scaevola*, redactado por NÚÑEZ LAGOS (Madrid, 1957), p. 400.

(3) Recuérdese a este respecto —por traer, a modo de ejemplo, una cita de autoridad clásica, en lugar de muchas otras posibles, más modernas pero menos expresivas— las palabras de POMPONIO (lib. 27 «ad Sabinum»): «Culpa est immiscere rei ad se non pertinenti» (D. 50,17,36. «De regulis iuris»).

siones de la norma y de la voluntad individual. Queda en todo caso el grave problema de los límites dentro de los cuales aquella intromisión puede ser lícita: «se trata de resolver —dice Simoncelli a propósito de la gestión de negocios ajenos (4)— hasta qué punto el individuo es libre, sin que nadie pueda entrometerse en su esfera patrimonial, y hasta qué punto esta intromisión es lícita por utilidad general».

Pues bien: independientemente de la representación legal o voluntaria, que se adecúan a aquella previsión en el ordenamiento, registra el Derecho numerosos otros casos en que hay actuación de unas personas con repercusión en la esfera jurídico-patrimonial de otras, o dirigida al menos para que produzca ciertos efectos jurídicos para éstos, que no han sido protagonistas de esa actuación, —todo ello al margen del ilícito penal o civil antes sugeridos, que tienen otro planteamiento y otras bases, pues nos movemos ahora estrictamente en el campo de la autonomía de la voluntad—. Ahí están como pequeña muestra de aquellos actos, el contrato en nombre de otro sin poder, la extralimitación en el mandato o en el poder (cosas distintas), la gestión de negocios ajenos sin mandato, el contrato en favor de tercero. Mas, con objeto de no distorsionar el principio de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista ya aludido, ni su fundamento, para que los efectos del negocio alcancen directamente al tercero no interviniente es preciso concederle cierta audiencia, hay que alcanzar su consentimiento en unos casos, debe reunirse el negocio o la actuación determinados caracteres en otros...

En todo caso, debo destacar ya desde ahora que es ésta una zona jurídica particularmente polémica, donde se interfieren temas tan delicados como el de la representación y negocio representativo (en constante reelaboración), el consentimiento y el negocio jurídico, las categorías de validez, nulidad, ineficacia y demás, gestión de negocios ajenos, mandato, y otros que veremos.

De otro lado, como puede adivinarse, es muy amplio el haz de consecuencias, y de problemas jurídicos que pueden derivarse de tales situaciones de invasión de la esfera jurídica ajena por persona no habilitada para ello: posible responsabilidad del invasor frente al interesado cuya esfera ha quedado afectada; responsabilidad del mismo frente al tercero con quien ha contratado a nombre del *dominus* (interesado); posibilidad del *dominus* de aceptar o rechazar lo hecho en su nombre y para él; posibilidad del tercero de desvincularse de ese negocio antes de que adquiera plena eficacia y vinculación; hasta cuándo y en qué circunstancias puede ser aceptado o rechazado el negocio por el *dominus* (representado), y revocado por el tercero desvinculándose de esa relación; naturaleza y situación de aquel negocio antes de la ratificación por el *dominus* o de la revocación por el tercero; efectos de la ratificación por el *dominus* en el orden jurídico, y su posible retroacción, y hasta cuándo...

De todos esos problemas, hay uno particularmente interesante: el

(4) «Istituzioni di Diritto Privato» (ed. 1917), p. 320 (citado por TRAVIESAS, «La gestión de negocios», *Rev. Derecho Privado*, 1919, p. 129; y por CASTÁN TOBEÑAS, «Derecho Civil Español, común y foral», t. IV, 7.^a ed., 1952, p. 768).

de la naturaleza y situación (qué es jurídicamente, hasta dónde y qué vale, cómo se encuentra y se explica) de ese «complexum», ese complicado «quid» jurídico que tiene toda la apariencia de contrato, de negocio jurídico en términos más generales, y que sin embargo no lo es del todo, o no lo es perfecto, o todavía no «es», pues entre todas las dudas e interrogantes que plantea, una sola cosa es segura: que lo hecho por el falso representante, o por la persona que no tiene poder suficiente para hacer lo que ha hecho, no es eficaz ni puede comprometer el patrimonio del interesado mientras éste no consienta y dé su «placet». Bien; pero mientras tanto ¿qué es todo eso hecho por y para el *dominus*?

He ahí el objeto de este trabajo: la cuestión más debatida de todas las apuntadas más arriba, y al propio tiempo quizá la llave maestra que nos permita penetrar con un poco de luz en todas, o en alguna de las restantes —si es que llegamos a encontrar luz, e iluminar en alguna forma tan conflictivo terreno— (5).

2. CASOS DE INGERENCIA SIN PODER SUFICIENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Dejando aparte el caso del contrato con estipulación a favor de tercero, del artículo 1.257-2.º C. c., que es institución y tiene fundamento y mecánica jurídica diferente de lo que aquí interesa, los demás casos de ingerencia no autorizada en la esfera jurídica ajena están ya aludidos más arriba, y en nuestro Código se hallan regulados en zonas bien distintas y distantes entre sí; artículo 1.259 párrafo 2.º, referente a la contratación a nombre de otro sin autorización de éste o sin representación legal, y la ulterior ratificación por la persona a cuyo nombre se contrató; artículo 1.727 párrafo 2.º, que contempla el caso de extralimitación por el mandatario de los límites del mandato, y ratifi-

(5) Por lo demás, apenas parece necesario ponderar la importancia del tema, no sólo desde un punto de vista doctrinal o teórico —ahí quedan de manifiesto la larga serie de problemas esbozados poco ha, y de campos o zonas de interés jurídico que entran en conflicto, también sugeridas—, sino práctico, en cuanto expresión de la abundancia de casos en que puede presentarse, y se dan en la realidad, lo que antes presentaba yo como mero planteamiento de hipótesis y posibilidades poco menos que imaginadas: estoy pensando no ya en actuaciones de favor por otro, o de contratos ventajosos que uno hace en nombre del hermano o amigo en la bien fundada creencia de que el representado habría hecho lo mismo y aprobará cuanto se hace para él, sino también en la actuación, por ejemplo, del abogado que, conecedor de un problema o negocio que se le ha confiado profesionalmente, llegado cierto momento y tras el tira y afloja correspondiente, resuelve el asunto del cliente, en defensa de sus intereses y con el mejor criterio e intención, por supuesto, celebrando precipitadamente (aprovechando la oportunidad antes de que se escape, y sin posibilidad de consultarlo al cliente) un contrato con la parte contraria —para el que no tiene poderes, sin embargo— clausurando así, resolviendo ya, el negocio confiado; situación relativamente frecuente, problema y conflicto (pues al resolver uno dejan abierto otro) no desusado en la práctica de tan «jurídicos» profesionales...

cación por el mandante; artículo 1.892, sobre la ratificación de la gestión de negocios ajenos por el dueño del negocio; y artículo 1.893, que se refiere al aprovechamiento por el dueño del negocio de las ventajas de éste, y su trascendencia. Preceptos todos donde, además, como se ha visto, se hace alusión en una y otra forma a la ratificación (6).

Ahora bien: ¿es posible inducir de esos preceptos desperdigados por nuestro Código y en lugares tan apartados y distintos, una doctrina unitaria al respecto? (7). En todos esos casos, el acto de ingerencia resulta ineficaz para la persona cuya esfera jurídica ha quedado invadida sin su consentimiento, y, por tanto, ésta puede desconocerlo; pero una vez ratificado ese acto, resulta de esa forma y gracias a la ratificación eficaz para el ratificante: hace que entre en la esfera jurídica de éste un acto que antes le era extraño. Mas frente a esa nota común para aquellos casos, diferéncianse luego cada uno de ellos. Las diferencias, y aun los criterios de distinción, es cuestión poco clara.

En nuestro ordenamiento jurídico, la filosofía que preside esta materia radica fundamentalmente en el artículo 1.259 C. c., es decir, en la parte general del contrato, a falta de una teoría general del negocio jurídico y de una doctrina de la representación como institución autónoma. En defecto de éstas, no cabe duda que el lugar más apropiado es aquel, evidentemente. La doctrina subyacente en ese precepto, brevemente sintetizada y en sus líneas fundamentales, viene a decir (8):

— Nadie puede invadir la esfera jurídica ajena sin estar autorizado por el interesado (9), o por la ley: en defecto de tal autoriza-

(6) Hay algún otro caso en nuestro Código en que se contempla la actuación de una persona en nombre de otro aunque sin poder suyo, o sin mandato, como gusta más de usar nuestro legislador por razones y una confusión frecuente conocidas. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 439 C. c. cuando se refiere a la adquisición de la posesión «por un tercero sin mandato alguno» («pero en este último caso —continúa ese artículo— no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique»). No recojo este precepto, ni el supuesto fáctico a que se refiere, en el texto, por tratarse aquél de un hecho jurídico, no negocial, y centrarse este trabajo en el estudio del contrato (y en general, del negocio) del *falsus procurator*.

(7) Creo que la razón de esa dispersión de preceptos obedece a razones históricas (las de la gestación y nacimiento de nuestro Código civil) tanto como a la falta de tecnicismo de ese Cuerpo legal en esta materia. De esos cuatro artículos citados en el texto, el 1.892 no tiene precedente en el Proyecto de 1851 ni en el «Code Napoleon»; el 1.259 sí aparece en el Proyecto, pero no en el «Code»; los otros dos tienen cierto precedente en ambos, pues nuestro Código de 1889, como el Proyecto isabelino, siguieron con bastante fidelidad las líneas generales del «Code» tanto en materia de mandato como de «negotiorum gestio». Lo relativamente original (respecto del modelo francés) fue llevar a la parte general del contrato el tema de la representación con o sin poder y la ratificación (art. 1.259 C. c.). Ello suponía un avance respecto de ese modelo; demasiado pobre, sin embargo, a aquellas alturas del siglo XIX, y un tanto inconsecuente cuando mantenía desperdigadas, y sin verdadera unidad de criterio, las otras referencias al tema.

(8) Véase en este punto NÚÑEZ LAGOS, «La ratificación», loc. cit., p. 31-32, y t. XXX de «Mucius Scaevola», p. 372-373, algunas de cuyas ideas recojo.

(9) Es ésa quizá la más clara expresión dentro de nuestro ordenamiento jurídico de la llamada «autonomía privada» dentro del campo negocial, cuya regla fundamental (que modernamente se hace coincidir con la llamada legitimación ordinaria o normal) es, en palabras de BERTI, la de «la identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio (o el sujeto para el que el negocio es realizado) y

- ción el negocio correspondiente es inoponible al *dominus*, es ineficaz (el artículo 1.259-2.º habla de «nulo»: en su momento veremos que este término no es el más adecuado técnicamente).
- A falta de justificación previa de la ingerencia, es posible una justificación «a posteriori»; es decir, que el consentimiento del *dominus* al negocio hecho a su nombre y para él, puede darse indistintamente antes o después de éste.
 - En cuanto a esa justificación «a posteriori» ¿a qué se refiere? ¿a la ingerencia en cuanto actuación, o al negocio «in concreto»? Diré por ahora solamente que en mi opinión se ratifica un acto, y no una actuación.
 - El artículo 1.259 C. c., y la ratificación a que aludo, se refieren al contrato hecho en nombre de otro, y autopresentándose el autor de la ingerencia como representante del titular de los intereses negociados: se trata, pues, de un negocio representativo (con «contemplatio domini» y demás caracteres definidores del mismo). Esa nota ha permitido a algunos excluir de este campo, y de la ratificación propia o técnica, el supuesto del artículo 1.893 C. c., llevándolo al terreno de la aprobación (figura distinta de aquella).
 - La ratificación sólo es posible antes de la revocación «por la otra parte contratante», dice el precepto comentado. Esto quiere decir que la eficacia del contrato depende no de una condición, o «conditio iuris», como gusta de decir cierta doctrina, pensando en la ratificación, sino de dos condiciones: la segunda será la no revocación «por la otra parte contratante» antes de la ratificación. Eso nos indica también: de un lado, la débil situación de ese contrato; de otro, que en la regulación de esa compleja situación no han estado presentes sólo los intereses del *dominus*, sino también los de «la otra parte contratante», llamado impropiamente y con frecuencia «tercero».
 - El artículo 1.259 contempla tanto los casos de representación voluntaria como la legal; y esto tiene más importancia de la que habitualmente se le da (que no es demasiada, porque suele pasar desapercibida la referencia a la representación legal), pues la ratificación —que tanto puede darla el *dominus* de quien el *falsus procurator* se arrogaba poder y representación, como el incapaz mal representado cuando deviene capaz— produce entonces efectos que van más allá que los del poder, al que suele ser asimilado (diciendo que es un poder «a posteriori»).

Sigue en pie la pregunta antes formulada, que ahora puede plantearse en estos términos: esa doctrina del artículo 1.259 C. c. ¿es extensible a los demás casos de ingerencia, en que es posible la ratificación, es decir, a los del artículo 1.892 y del 1.727-2.º? En principio, creo que

el sujeto de los intereses, y por ello, de las relaciones jurídicas sobre las que vierte el negocio» («Teoría general del negocio jurídico», trad. esp. citada, p. 177). En otros términos y con referencia a la acción directa, viene a decir lo mismo MENGONI: «por regla general, legitimado para disponer es el titular del derecho de que se trata» («Acquisto "a non domino"», Milán, 1949, p. 38).

sí. Pero ello nos deja planteadas ya desde ahora dos cuestiones, que hemos de ver, aunque sea someramente, antes de pesar adelante: la de las relaciones existentes entre la representación sin poder y la gestión de negocios ajenos sin mandato, y la de si es posible identificar, o equiparar al menos, a efectos de nuestro estudio, el caso de la representación sin poder alguno y el del apoderado que traspasa los límites del poder conferido (es decir, si cabe asimilar el «tat-bestand» del artículo 1.259 y el del 1.727-2.º C. c.).

3. REPRESENTACIÓN SIN PODER Y «NEGOTIORUM GESTIO»

Es tema poco estudiado, desde luego, en nuestro país este de las relaciones entre esas dos instituciones, y la frontera que las separa; cuestión que ha atraído más la atención fuera, sobre todo en Italia.

Para nosotros tiene ahora no sólo un interés teórico o doctrinal, sino sobre todo práctico y de tipificación legal de ciertas conductas. Si en ausencia de mis vecinos vendo en su nombre, aunque careciendo de apoderamiento alguno, su caballo, sabedor como soy de que quieren desprenderse de él, antes de que el animal muera de hambre..., ¿cómo deberá calificarse esa actuación mía: como contrato llevado a cabo por representante sin poder (artículo 1.259), o como un caso de gestión de negocios ajenos sin mandato (artículos 1.892-1.893)? Porque no cabe duda de que estamos ante un caso claro de invasión de la esfera jurídica ajena, contrato otorgado por quien se presenta como representante de otro y actúa careciendo de poder (típico contrato de «*falsus procurator*», en terminología ya clásica, por antigua y por generalizada). Pero al propio tiempo, nadie negará que en esa actuación se dan con plena adecuación todos los requisitos que la doctrina más extendida y común exige para la «*negotiorum gestio*» (Castán [10], por ejemplo); que se trate de un acto puramente voluntario y lícito, que el asunto gestionado sea ajeno, que no se exija por la ley que dicho negocio lo concluya un determinado sujeto, que el gestor obre sin autorización y a la vez sin contradicción del dueño, que haya intención de gestionar negocios ajenos, que haya «*utiliter gestum*»... Obsérvense uno a uno estos requisitos, y podrá comprobarse que todos ellos se dan, o pueden darse en nuestro ejemplo.

Y sin embargo, no es indiferente el que se aplique a ese supuesto de hecho un precepto u otro. Desde luego, si al regresar los dueños del caballo ratifican mi venta, no hay problema: ese negocio surte plenos efectos y el caballo está bien vendido. Pero si no ratifican la venta, resulta que si fuera de aplicar el artículo 1.259, ese contrato deviene totalmente ineficaz, no hay verdadera y perfecta venta, el caballo continúa siendo de su antiguo dueño (sin perjuicio de lo que pueda haber entre mí, supuesto vendedor, y el tercero, comprador que no ha llegado a serlo del todo); y si en cambio fuera calificable como «*negotiorum gestio*» y aplicables sus preceptos, es posible que en determinadas circunstancias (en ese ejemplo, o en otro mejor buscado) —aprovecha-

(10) «Derecho civil español, común y foral», t. IV (7.ª ed., 1952), p. 769 y ss.

miento por el *dominus* de las ventajas de la operación, o cuando ésta hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto—, el contrato fuera eficaz o dejara vinculado al *dominus* («responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará...», dice el artículo 1.893).

Véase, pues, la importancia de aquella distinción, que sobrepasa en mucho a la de simple curiosidad doctrinal o científica —con ser ésta suficiente para justificar cualquier gimnasia mental al respecto—. Merece la pena, por tanto, detenerse brevemente en este punto, aunque sea sólo a los limitados efectos de diferenciación y tipificación antes apuntados —pues el tema, de por sí, es sugerente y digno de mucha mayor atención y más detenido estudio, que excede del alcance concreto de este trabajo—.

Frente a posiciones de signo contrario de otro tiempo, es hoy idea predominante la de la proximidad y hasta parentesco entre representación y gestión de negocios ajenos. Sin embargo, parece más difícil concretar luego en qué sentido se relacionan —pues su gran relación es indiscutida—: si son especies del mismo género, o se hallan en situación de género a especie, y en qué orden; si son círculos concéntricos o secantes; zonas comunes, notas diferenciales... El punto de vista que se adopte depende, en última instancia, de la idea que se tenga de cada una de esas figuras, sobre todo de la representación, que es la más debatida y conflictiva.

No deja de sorprender cómo la mayor parte de las ideas matrices en que la más moderna y acreditada doctrina pretende fundar el concepto de representación, son igualmente válidas para explicar la «negotiorum gestio», sobre todo cuando se pone el acento en lo funcional más que en lo estructural, como viene ocurriendo últimamente. Así, las ideas de legitimación o de sustitución en la actividad jurídica (que han venido a desplazar a las más clásicas del «agere nomine alieno», o de la eficacia para tercero, ante lo insatisfactorio de éstas) y la idea de cooperación al hecho jurídico ajeno, pueden explicar en idéntica forma y con no menos fecundidad aquellas dos instituciones jurídicas (11).

Para García Valdecasas (Guillermo), «gestión y sustitución son una misma cosa»; y «cualquiera que sea el fundamento de la gestión (mandato, gestión sin mandato, tutela, etc.), la idea de que el gestor obra en sustitución del *dominus* se ve siempre reflejada en el régimen jurídico de la gestión» (12). Pero llega más lejos: «la representación no es, en efecto, sino una especie de la gestión. Tanto el simple gestor como el representante actúan en sustitución del *dominus*. Pero la representación es una gestión que tiene un campo de aplicación definido»

(11) Véase, por lo que afecta a la representación, el importante trabajo de DÍEZ-PICAZO, «El concepto jurídico de la representación en el Derecho privado», *Anales Academia Matritense del Notariado*, t. XVI (Madrid, 1968), p. 134 y ss.; v. GIORGIO DE SEMO, «La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica», trad. esp. de RODRÍGUEZ DEL BARCO, Madrid, 1961; y SIGFRIDO FERRARI, «Gestione di affari altrui e rappresentanza», Milán, 1962.

(12) «La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)», *Rev. Derecho Privado*, 1957, p. 622.

(los negocios jurídicos) y una virtualidad específica: los efectos de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del *dominus* se atribuyen directamente por la ley a este último...». Distingue más adelante «gestión representativa», equivalente a representación propia o directa, de la gestión sin representación, o gestión de negocios ajenos sin representación: «mientras la representación despliega su eficacia en las relaciones del representado con los terceros, la gestión de negocios ajenos sin representación sólo tiene trascendencia jurídica entre las partes, gestor y dueño del negocio» (13).

En la doctrina italiana, donde el tema ha preocupado, distinguía Saggese la «*negotiorum susceptio*» (variedad de la «*negotiorum gestio*», de la que la separaba (14)), de la actividad negocial del «*falsus procurator*», poniendo la nota diferenciadora en la forma en que se autopresenta el gestor: si actúa declarando estar desprovisto de facultad o poder del *dominus*, será «*negotiorum susceptio*», mientras que en el negocio del *falsus procurator* éste actúa simulando un poder que en realidad no tiene. Y aun encuentra una situación intermedia entre la figura de la «*negotiorum susceptio*» y el contrato del *falsus procurator*: la del que estando provisto de poder, contrata traspasando los límites del mismo, situación que reconduce a una u otra de aquellas dos antes vistas, según que lo haya hecho saber, o no, al tercero con quien contrata (15). Creo que no hace falta dar muchas explicaciones para concluir cuán insatisfactoria es la posición de Saggese y su criterio de distinción, que se basa en una confusión de términos.

Para Biondi, en la gestión no hay representación verdadera y propia, análoga a la que nace del poder, y basta el «*utiliter coeptum*» y la actuación unilateral del gestor en interés del *dominus* para que éste pueda quedar obligado; llega a hablar incluso de una gestión representativa donde hay actuación en interés de otro al modo como se da en la llamada representación indirecta todo lo más, pero distinguiéndola en todo caso de la representación directa o propia, caracterizada para Biondi por la «*contemplatio domini*» y el poder, o en su defecto la ratificación ulterior (16).

Giorgio de Semo, al estudiar esta cuestión en el Código italiano de 1942 y ante el artículo 2.031, concurriendo los requisitos para una válida «*negotiorum gestio*», distingue dos hipótesis, según que el gestor haya obrado en nombre del interesado, o en nombre propio: «en el

(13) Op. loc. cit., p. 623. Y termina GARCÍA-VALDECASAS su trabajo con las siguientes palabras: «Finalmente, la idea de la sustitución, además de servir de criterio para diagnosticar la existencia, en el caso concreto, de una gestión de negocios ajenos, facilita la mejor comprensión de las disposiciones jurídicas referentes a la gestión, y permite establecer la relación existente entre ella y la representación, señalando los puntos de coincidencia y de divergencia» (p. 626).

(14) «La rappresentanza nella teoria e nella pratica nel Diritto privato italiano», Nápoles, 1933, p. 224.

(15) Op. cit., p. 226.

(16) BIONDI, «Gestione rappresentativa e ratifica», Foro italiano, 1954, I, 98: y ss. (especialmente columna 99). Añade este autor, a la hora de deslindar gestión y representación, que el *utiliter coeptum* que caracteriza a la primera puede ser requisito para que surjan obligaciones a cargo del interesado, pero no es título de representación.

primer caso la ley consagra los efectos de una representación verdadera y propia, o sea, de representación directa; en el segundo se refiere a una relación de representación que podemos calificar indirecta, o interna, o impropia...»; reserva para ésta la categoría de verdadera gestión de negocios ajenos, y construye la primera como un caso de representación sin poder (17). Y más adelante, a la hora de separar la naturaleza de la actividad del gestor frente a figuras afines, la distingue de la del *falsus procurator*: insiste en que «mientras en éste es cierta la aparente representación, en la gestión de negocios, por el contrario, puede el gestor obrar en nombre propio, de suerte que extrañaría en este caso una relación de representación frente al tercero» (18).

Más recientemente, Ferrari ha vuelto a abordar el problema con detenimiento, y desde su personal concepción de la representación (19). Para este autor, la esencia de la representación está en la cooperación al hecho jurídico ajeno, y su centro de gravedad está en el interés del *dominus*, al que el representante pretende servir (20); para él, tan representación es la directa como la indirecta, pues en ambas se dan aquellas ideas centrales. Pues bien: sobre esas bases, la delimitación de la «negotiorum gestio» ha de ser frente a representación directa e indirecta, con lo que el campo de aquélla queda mucho más constreñido: «el ámbito de autonomía de la gestión de negocios ajenos respecto de la representación resulta señalado exclusivamente por las hipótesis en que la gestión se concreta en la realización de una actividad material que no implica relación alguna con terceros» (21).

Esta es también la posición de Díez Picazo, en nuestro país, que acepta la tesis de Ferrari: «Aceptando estas ideas —dice—, podríamos

(17) «La gestión de negocios ajenos...», cit., trad. esp., p. 40-41.

(18) Op. cit., p. 50. Añade luego, en la misma línea de distinción de las dos figuras: «Del lado psicológico, en fin, la diferencia es evidente, puesto que el *falsus procurator* obra como representante a sabiendas de que carece de poderes, mientras el gestor es inducido a obrar con el ánimo de administrar útilmente el negocio del *dominus* y por ello en interés de éste. Mirando, por último, a los efectos, el negocio concluido por el pseudorrepresentante es nulo respecto del representado aparente (arg. art. 1.318 C. c. ital.), salva la responsabilidad de éste por el daño que el tercero contratante de buena fe haya sufrido; y por el contrario, válido el negocio realizado por el gestor con el tercero, siempre que concurren los presupuestos establecidos por la ley, y de ahí que refleje su eficacia también sobre el administrado».

(19) «Gestione di affari altrui e rappresentanza», cit., p. 70 y ss. (74).

(20) Op. cit., p. 74 y 118-119, donde saca las siguientes consecuencias de su anterior razonamiento: «1) que la representación no puede ser construida sobre bases autónomas, sino que constituye el esquema funcional típico de la "fattispecie" mandato... que se caracteriza como el típico instrumento de actuación de la cooperación al hecho jurídico ajeno; 2) que el núcleo conceptual de la representación no puede apoyarse sobre el elemento formalístico de la *contemplatio domini*, sino que debe girar alrededor del interés del *dominus*, que constituye el centro de propulsión y de gravitación del fenómeno representativo».

(21) Op. cit., p. 133. Añade a continuación: «Puesto que es difícil que en el curso de un asunto puramente material no se incida en contratos estipulados por el gestor con terceros, puede afirmarse que sólo en hipótesis completamente marginales el supuesto de hecho de gestión se consume en el ámbito de la relación interna de gestión que se instaura entre *dominus* y gestor, mientras que generalmente está destinada a producir efectos representativos, sea con el mecanismo de la representación directa, ya con el de la representación indirecta».

llegar a la conclusión de que la gestión de asuntos ajenos puede dar lugar a dos tipos distintos de actividades: uno, formado por aquellos actos en los cuales el cuidado de los intereses ajenos no exige relacionarse con los terceros; otro, en cambio, probablemente el más frecuente, en el cual esta relación con terceros es necesaria. Pues bien: la representación se encuadra en esta última rúbrica» (22).

Y para Lacruz Berdejo, la *negotiorum gestio* nace de una intrusión en la esfera jurídica o patrimonio ajeno, entendida como actuación eminentemente material («intrusión en bienes ajenos», dice), y si los actos no son de esa clase (cita el ejemplo de «compra de abonos para la finca del *dominus*»), dependen de la intrusión inicial (si pueden relacionarse con ella), y se juzgan en función de la misma; en cambio, cuando se trate de «un contrato aislado, celebrado con tercero a nombre de un supuesto mandante que en realidad no lo es, no podría, a falta de inmisión [material, creo entender de nuevo] en la esfera de ese supuesto mandante, calificarse de *negotiorum gestio* en sentido estricto, no se hallaría sometida a la correspondiente regulación del C. c.» (23): quedaría, por tanto, tipificado ese supuesto en el artículo 1.259 C. c.

Por mi parte, antes de pronunciarme sobre el punto concreto de que ahora trato, debo dejar dicho que, en mi opinión, en el caso del artículo 1.259 C. c. el *falsus procurator* debe actuar en nombre ajeno, es decir, que debe haber representación directa, aun a falta de poder (cosa distinta, que no obsta a tal representación); y de otro lado, que la gestión de negocios ajenos no puede quedar circunscrita a los actos materiales de ingerencia en la esfera jurídica ajena: ni histórica, ni legal ni conceptualmente puede quedar, ni ha quedado nunca, circunscrita la órbita de la clásica «*negotiorum gestio*» a los actos materiales realizados en interés ajeno y «*animo aliena negotia gerendi*», con exclusión de los negociales: una simple lectura de los textos romanos pertinentes, de nuestro Código, artículos 1.888 y ss., y de los autores clásicos en esta materia, nacionales o extranjeros, corrobora lo dicho, y pienso que huelga por ahora y aquí dar más precisiones al respecto (24).

Me detendré, en cambio, aunque brevemente, en la primera premisa: que la representación del *falsus procurator* debe ser directa —sin que ello comporte el dejar tomada posición en cuanto a la naturaleza de la indirecta, en cuyo tema no quiero pronunciarme ahora—.

Efectivamente: entiendo que el artículo 1.259 C. c. es claro en esta

(22) «El concepto jurídico de la representación...», cit., loc. cit., p. 173.

(23) Aborda esta cuestión LACRUZ BERDEJO en un trabajo todavía inédito sobre «La gestión de negocios sin mandato», que he conocido a través del original manuscrito amablemente cedido por su autor como primicia deferente que desde aquí agradezco.

(24) El propio LACRUZ BERDEJO, en el trabajo antes citado, comentando el art. 1.888 C. c. dice que «la palabra *negocios* ha de entenderse aquí, conforme a la tradición y la doctrina, en su más amplio sentido, de modo que la gestión lo mismo puede consistir en un acto jurídico (contrato celebrado por el gestor con un contratista para la reparación del inmueble de un ausente; pago de la deuda de otro) como en uno material (reparación del inmueble que ejecuta el propio gestor; servicios médicos prestados a una persona que se halla en la vía pública en estado de inconsciencia)».

cuestión: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado...», dice. Se refiere, pues, a la contratación, no en nombre propio y por cuenta de otro, que es lo característico de la representación indirecta, sino al contrato «en nombre de otro», donde la «*contemplatio domini*» sea expresa y evidente: representación directa. El nombre del «dominus» debe haberse manejado en la preparación del negocio del falso representante; éste ha actuado en nombre de aquél, y el tercero lo sabe (24 bis). Pues bien: mal podría ratificar el *dominus* el negocio hecho para él, pero no en su nombre, sino en el del representante, si la identidad y el interés de aquel no eran conocidos por el tercero: podrá oponer éste, ante la pretensión de ratificación del otro, que el ratificante no tiene nada que ver en esa operación, que ya es firme, pues la contraparte (el representante) ha actuado en nombre propio y no ha dado a conocer su calidad de representante. Sólo cabe ratificación, en el supuesto de hecho del artículo 1.259, si el representante ha actuado en nombre ajeno, y ello por la razón conceptual alegada como por la legal previsión de dicho precepto.

Sentadas esas «premisas» como puntos de partida, fácilmente se adivina, tanto como se comprende, mi posición personal en la cuestión: que dejé planteada más arriba: la de la relación existente entre representación sin poder y gestión de negocios ajenos, a efectos de tipificación de ciertas conductas o actuaciones de difícil calificación. Pienso que ambas son formas de ingerencia no autorizada en la esfera jurídica ajena, y formas de cooperación al hecho jurídico de otro (25); que tienen no pocos rasgos comunes, y que muy probablemente —no me atrevo por ahora a decirlo con más contundencia, por el temor que infunde todo dogmatismo— son dos ramas próximas de un tronco común. No creo que estén en una relación de género a especie, pues en ese caso estaría más cerca de lo genérico la «*negotiorum gestio*» (25 bis) y yo la veo más como especie; el tronco común antes aludido podría ser una más genérica «gestión de asuntos ajenos», del que a distintas alturas y en diferentes direcciones saldrían, además de aquellas dos ramas, varias:

(24 bis) Cosa que no ocurre, o no tiene por qué ocurrir en la representación indirecta, donde el representante, por actuar en nombre propio, puede ocultar la identidad de la persona en cuyo interés y para quien actúa (pues compra, por ej., el representante como para sí, sin perjuicio de trasladar luego el efecto del negocio al *dominus*).

(25) Llegado este punto, y al hacer referencia a la relación entre representación y cooperación al hecho jurídico ajeno, me parece ineludible citar a IHERING, quien en su importante trabajo «*Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte*» con que abrió su colaboración en el no menos celebrado «*Jahrbücher für die Dogmatik*», t. I (1857), p. 273-350, y t. II (1858), p. 67-180, aludía a la idea de la cooperación como antecedente de la representación, en la que ponía especial acento y de la que hizo amplio desarrollo.

(25 bis) La idea de una relación de género a especie entre «*negotiorum gestio*» y representación no es nueva. Ya la mantuvo ISAY («*Das Geschäftsführung nach dem B.G.B.*», Leipzig, 1900, p. 166 y ss.), para quien la «*negotiorum gestio*» es una institución general que comprende todas las actividades relativas a asuntos pertenecientes a una esfera de intereses ajenos, y la representación no es sino una especie de aquella gestión de negocio; y después ha seguido a ISAY el italiano GOGLILO («*Scritti vari di Diritto privato*», Torino, 1917, t. II, p. 336 y ss.: citado por PUGLIATTI, «*Studi sulla rappresentanza*», Milán, 1965, p. 60, nota 21), en términos muy parecidos.

más: el mandato, ciertos arrendamientos de servicios... Pero quede el problema ahí, pues ni me atrevo ni interesa ahora llevarlo más allá.

Volviendo a la separación del negocio del *falsus procurator* y la «negotiorum gestio», a modo de conclusión, entiendo que el primero, como (y a causa de) la representación directa que comporta, es más específico (requiere mayores especificaciones) y concreto: exige, por tanto, ser delimitado en primer lugar; lo demás será «negotiorum gestio».

Por las razones antes aludidas, y sobre todo por exigencia del artículo 1.259 C. c., en nuestro sistema jurídico creo que la actuación del falso representante tipificable en el mencionado precepto queda limitada al caso de representación directa en el área del negocio jurídico, o contratación a nombre de otro sin autorización..., como dice el 1.259. Los restantes casos de ingerencia en la esfera ajena —de entre los que son incluibles, disyuntivamente, en uno u otro grupo, dejando aparte, obviamente, las ingerencias distintas, ajenas a nuestra atención— deben quedar catalogados en la gestión de negocios ajenos y preceptos correspondientes. Quedan entonces para esta última, tanto la representación indirecta en el campo comercial (no tipificable en el artículo 1.259 por no ser «contratación a nombre de otro»), como los hechos jurídicos y actos no negociales (la actividad material que no implica relación con terceros, de que hablan Ferrari y Díez-Picazo).

4. REPRESENTACIÓN SIN PODER, O CON EXTRALIMITACIÓN DE PODER

Son dos situaciones distintas, en principio, la del *falsus procurator*, que actúa sin poder alguno, y la del apoderado que en su actuación y en tal calidad traspasa los límites del poder que se le ha conferido. Son dos situaciones distintas, digo, porque en un caso no hay relación previa entre pseudo-representante y representado, y el primero no contraviene las instrucciones recibidas ni va más allá de la voluntad conocida del *dominus*, ya que sólo hace lo que supone haría el interesado; mientras que en el otro caso, conoce la voluntad de éste, y no adecúa su actuación a esa voluntad, sino que va más allá, incumpliendo en ciertos casos las instrucciones recibidas y hasta sus obligaciones (cuando el apoderamiento y esas obligaciones deriven de un contrato: tal, el caso del mandato). Pero partiendo de ahí, todavía podemos preguntarnos si cabe asimilar esas situaciones por lo que respecta a la naturaleza del contrato, alcance y efectos del mismo, su situación antes, y aún después de la ratificación de que es susceptible (26).

En nuestro ordenamiento positivo, por defectos que ya nos son conocidos, salvo el artículo 1.259 C. c., toda la problemática de la representación y del apoderamiento ha sido llevada al terreno del mandato.

(26) Posibilidad de asimilación sólo a esos efectos, que es lo único que nos interesa aquí y por ahora, pues en lo demás, y sobre todo en lo que viene llamándose relaciones internas, o entre representado (a veces, mandante) y representante (a veces falso), no se nos oculta que se trata de situaciones diferentes, en el sentido a que aludo en el texto.

De ello resulta que la actuación del apoderado que traspasa los límites del poder sólo es contemplada en función de un mandato subyacente, que institucionalmente no es imprescindible (ya que en principio es perfectamente posible que haya apoderamiento sin mandato y, por tanto, apoderado no mandatario que traspase los límites del poder sin faltar a unas obligaciones de mandatario), y lo que a nosotros afecta sólo se halla regulado legalmente en el artículo 1.727-2.º C. c. (en relación con el 1.714 y 1.715, que aquí interesan menos). Y ello nos lleva de la mano a lo que ya dejé planteado, preguntado, en otro momento anterior: si cabe identificar o equiparar, a los limitados efectos de nuestro trabajo (naturaleza y situación del contrato correspondiente) el negocio del *falsus procurator*, que carece en absoluto de poder, y el del apoderado que traspasa los límites del poder conferido, es decir, las situaciones contempladas por los artículos 1.259-2.º y 1.727-2.º de nuestro Código.

Esta cuestión, como la anterior, ha sido estudiada por la doctrina extranjera con tanta o más atención que en nuestro país. En Italia, hoy quizá por influjo del artículo 1.398 de su Código civil de 1942, que las equipara (27), e incluso antes de 1942, la doctrina es casi unánime en asimilar ambas situaciones y estudiarlas al mismo tiempo, con ocasión del negocio del *falsus procurator*, o con más frecuencia, de la representación sin poder en obras de carácter general (28); son excepcionales las posiciones un tanto matizadas de Saggese y Pugliatti (29), y más aún la contraria, de Vivante, que en ello sigue a Laurent, quienes distinguen y oponen las dos situaciones hasta el punto de negar la posibi-

(27) Dice el art. 1.398 C. c. ital.: «El que ha contratado como representante sin tener poderes para ello o excediendo los límites de las facultades que se le han conferido, es responsable del daño que el tercero contrayente ha sufrido por haber confiado sin culpa suya en la validez del contrato».

(28) Pueden citarse en ese sentido, desde TARTUFARI («Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale», Turín, 1892, núm. 357), y COVIELLO («Manuale di Diritto civile italiano», Milán, 1924, p. 404), y mercantilistas como ROCCO («Corso di Diritto commerciale», Padua, 1921, p. 394), hasta GRAZIANI («La rappresentanza senza procura», aparecido primero en *Annali dell'Istituto giuridico dell'Università di Perugia*, 1927, y en sus «Studi di Diritto Civile e Commerciale», Nápoles, 1953, p. 2); RUGGIERO («Instituciones de Derecho civil», t. I, p. 276-277, trad. esp. de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEJJEIRO); CARIOTA FERRARA («Il negozio giuridico», Nápoles, 1949, p. 666); BETTI (op. cit., p. 450); SANTORO-PASSARELLI («Doctrinas generales del Derecho civil», tra. esp. de LUNA SERRANO, Madrid, 1964, p. 359); MESSINEO («La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente [*falsus procurator*]», *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1956, p. 294-295, y en «Il contratto in genere», t. I, p. 248, Milán, 1973); DE MARTINI («Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione di altri», *Giurispr. Compl. Cass. Civ.*, 1949, I, p. 441), BARBERO («Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano», t. I, p. 374, Turín, 1955).

(29) SAGGESE, «La rappresentanza», Nápoles, 1933 (sitúa la actuación del apoderado que se extralimita como posición intermedia entre la «negotiorum susceptio» y la del «falsus procurator», más próxima a una u otra según como se autoproteste el apoderado, en los términos ya vistos); PUGLIATTI («Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi», *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 31-32) dice que desde el punto de vista funcional son equiparables ambas situaciones, al menos, en cuanto a lo actuado en exceso de poder, distinguiendo luego según ciertas circunstancias y añadiendo que «la actividad del representante, en el caso de exceso, se presenta exteriormente como actividad ligada a la esfera jurídica del representado».

lidad de ratificación del contrato en el caso de actuación sin poder y admitiéndola sólo para el caso de exceso de poder (30). Pero debo insistir en que esto es excepcional, y lo común la equiparación de ambos casos. Lo mismo puede decirse de la doctrina alemana que se ha ocupado de este tema (31).

También en nuestra doctrina es absolutamente predominante la opinión de equiparar ambas situaciones en cuanto al estado del contrato, dejando a salvo la cuestión de las relaciones internas entre representado y representante, a la que raras veces se hace alusión. En esa línea se encuentran autores de obras generales, desde De Diego, Castán, o Pérez González y Alguer y Espín Cánovas, hasta Díez Picazo y Gullón, o Lacruz Berdejo, y monografistas del tema como Roca Sastre, Hernández Gil, Albaladejo y Soto Nieto (32). En el mismo sentido y con idéntica uniformidad, nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias a partir de 1940 (Ss. de 14 diciembre 1940, 7 julio 1944, 29 enero 1945, 5 abril 1950, 10 octubre 1963...), y la Dirección General de los Registros, en su importante resolución de 3 marzo 1953.

Excepcional también, y prácticamente aislada en nuestra doctrina, es la posición disidente de Núñez Lagos. Para este autor, al estudiar la ratificación que prevé el artículo 1.727 C. c., el problema está en saber si estamos en el área de la ratificación propia (la de los artículos 1.259 y 1.892) o en un supuesto análogo con el 1.893, es decir, si se trata, en sus propias palabras, de «una posición extrovertida hacia el tercero que contrató con el mandatario, confluyendo así con los artículos 1.892 y párrafo 2.º del 1.259 C. c.», o de «una posición introvertida hacia el gestor a efectos de la actio mandati contraria, equiva-

(30) VIVANTE, «Trattato di Diritto Commerciale», t. I, núm. 265 y 265 bis. Se basan VIVANTE y LAURENT, para llegar a aquellas conclusiones, en que en el caso de extralimitación de poder, hay efectivamente algún poder que no deja de ejercer influencia en el negocio llevado a cabo por el representante, quien no es ya un extraño, sino una persona que el representado ha elegido para la negociación en su nombre y con esa calidad se presenta ante el tercero; sobre ello se apoya, para esos autores, la ratificación, sólo posible en ese caso, y no en el de total falta de poder, precisamente porque no hay aquella apoyatura previa. Para una crítica de esa posición, vide GRAZIANI, op. loc. cit., p. 4.

(31) LABAND, «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutsch. Handesgesetzbuch», en *Zeitschrift für das ges. H. R.*, vol. 10, p. 299; HUPKA, «Die Haftung ohne Vertretungsmacht», Leipzig, 1903, p. 139 (citado por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 3); VON THUR, «Tratado de las obligaciones», t. I, p. 258 (trad. esp., Madrid, 1934) En la doctrina alemana es menos frecuente ver estudiadas juntas esas dos situaciones al no asimilarlas el B.G.B., y tratar completamente separados la representación y el mandato.

(32) DE DIEGO, «Curso de Derecho civil español», t. 2.º, p. 727, Madrid, 1923; CASTÁN, «Derecho civil español», t. I, vol. 2.º, p. 582, 8.ª ed., 1952; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas al "Tratado" de ENNECERUS-NIPPERDEY», t. II, vol. 2.º, p. 402, 2.ª ed.; ESPÍN CÁNOVAS, «Manual de Derecho Civil Español», t. I, p. 397, Madrid, 1968; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Instituciones de Derecho Civil», vol. I, p. 295, Madrid, 1975; LACRUZ BERDEJO, «Elementos de Derecho Civil», t. I, p. 283, Barcelona, 1974; ROCA SASTRE, «La gestión de negocios ajenos sin mandato», en sus *Estudios de Derecho Privado*, t. I, p. 470 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a la sentencia T. S. de 29 enero 1945», *Rev. Legist. y Jurisprud.*, 1945, p. 613 y ss. (616); ALBALADEJO, «La representación», ANUARIO DERECHO CIVIL, 1958, p. 792-793; SOTO NIETO, «Aspectos fundamentales de la representación», *Rev. Jur. Cataluña*, 1974, III, p. 543 y ss. (586).

liendo a aprobación de gestión (1.893 C. c.)». Y en ese dilema, Núñez Lagos opta por lo segundo: «una primera consideración exegetica nos lleva a situar la ratificación del 1.727 del Código civil en el paralelo al 1.893 del mismo Código», deducción que hace de la situación del artículo 1.727 en el capítulo III; tít. IX, libro IV C. c. («De las obligaciones del mandante») (33). Añade luego, en la misma línea argumental, que «la previa existencia de un contrato de mandato comporta, ineludiblemente, el problema de su extensión, que sitúa, de modo automático la actuación del mandatario dentro o fuera de fronteras; existencia y extensión del mandato constituyen la hipótesis inmutable de nuestro problema»; y que «en los supuestos del 1.727 no entra para nada la «contemplatio domini»: la ratificación de 1.727-2.º es igualmente aplicable al mandato representativo (1.725) que al mandato puro, sin apoderamiento (1.717 C. c.); en uno y otro se plantea el mismo problema «ultra vires mandati» » (34).

No puedo compartir la posición de Núñez Lagos, de quien pienso que sólo observa el problema parcialmente, y aunque dice verdades, son incompletas y dejan irresueltas ciertas cuestiones, entre otras la que aquí nos interesa.

Cierto, efectivamente, que la ratificación del 1.727-2.º es aplicable igualmente al mandato representativo que al puro o sin apoderamiento; pero si hay mandato representativo —que es el único que nos interesa a nosotros por ahora—, el negocio celebrado por el mandatario es igualmente representativo, con lo que debe haber habido «contemplatio domini» (y entonces resultan incomprensibles las palabras de ese autor de que ésta no entra para nada en los supuestos del 1.727).

De acuerdo también con Núñez Lagos en que el mencionado precepto contempla fundamentalmente el problema de las obligaciones del mandante, y que estamos en el área de la extensión y límites del mandato y la actuación del mandatario dentro o fuera de esas fronteras. Pero no se olvide que el mandatario presta servicios o hace alguna cosa por cuenta o encargo de otro, y si el mandato es representativo y la cosa hecha es de tipo negocial, lo que aquel ha realizado es un negocio jurídico en nombre y representación del mandante, aunque excediéndose, en punto a lo que ahora estudiamos, de los límites del poder conferido. Nuestro problema era, es, el de conocer la naturaleza y situación de ese negocio antes de la ratificación del mandante, y cómo incide en él la ratificación a que alude el 1.727-2.º. Entiendo que no

(33) «La ratificación», loc. cit., p. 67, donde dice también: «A diferencia, pues, del 1.259 C. c., estamos en el territorio de las fuentes de las obligaciones y no en el de la validez o nulidad de los contratos celebrados en nombre de otro. La actuación extraterritorial del procurator en el 1.259 acarrea la ineficacia relativa del negocio jurídico entre «dominus» y tercero; en el 1.727, al margen de todo problema de eficacia negocial, la no vinculación del «dominus» respecto del gestor».

(34) Op. loc. cit., p. 67-68. Parecida a la de NÚÑEZ LAGOS es la posición de MIRABELLI en Italia al comentar el art. 1.711 de su Código, homólogo de nuestro 1.727. «El ratificante —dice MIRABELLI— no atribuye una eficacia externa al acto, de la que ya estaba provisto, y no asume relación alguna respecto de los terceros, que son extraños a la relación de mandato: aquél atribuye solamente al acto una eficacia relativa e interna, en el ámbito de la relación entre él y el mandatario» («Ratifica», *Diritto Civile*», en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIV, p. 881).

ha acertado Núñez Lagos cuando dice que ésa no es verdadera o propia ratificación, sino mera aprobación de la gestión, con posición introvertida hacia el gestor a efectos de la «*actio mandati contraria*».

El párrafo 2.º del artículo 1.727 C. c. dice textualmente que «en lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifique expresa o tácitamente». El mandante, pues, sólo queda obligado dentro de los límites del mandato (o del poder, cuando lo haya). De aquellas palabras podría deducirse que en algunos casos, cuando la naturaleza del negocio lo permita (35), podrá escindirse de forma que en la parte que quede dentro de las fronteras autorizadas el mandante queda obligado (y el negocio válido y eficaz), y la parte en que se haya extralimitado no perjudicará al mandante, y éste no quedará obligado: esa parte será ineficaz, a menos que haya ratificación. Mas tal escisión no siempre será posible. Casi me atrevo a decir que muy excepcionalmente lo será: a primera vista apenas encuentro otros casos que los de negocio gratuito cuyo objeto sea cosa divisible (por ejemplo, una donación de 100, cuando el mandatario sólo estaba autorizado a donar 50: el mandante únicamente queda obligado a entregar 50, resultando la donación ineficaz para el mandante o *dominus* en cuanto al resto). Esa escisión horizontal del negocio es imposible cuando se trata de los onerosos y su objeto sea indivisible: el mandatario compra una finca de 50 Has. por cinco millones cuando sólo estaba autorizado para comprar otra más pequeña hasta por un millón. Nuestra pregunta sigue en pie: ¿cuál es la situación y naturaleza de ese contrato?; ¿cabe asimilarlo al del representante sin ningún poder? ¿la ratificación de aquel contrato por el mandante equivale a la del *dominus* en este segundo caso?

Pienso, por mi parte, que la contestación debe ser afirmativa. Ya dije anteriormente que no ignoro la diferencia que hay entre un caso y otro en cuanto a las llamadas relaciones internas (a las que trata de proveer primariamente el artículo 1.727 C. c.). El haber traspasado el mandatario los límites del mandato no deja de ser un deficiente cumplimiento de ese contrato que está en la base del negocio representativo que constituye el objeto del encargo; de otro lado, el 1.727 no resuelve nada más que una de las consecuencias de la extralimitación (en qué términos obliga al mandante). Puede haber otras consecuencias de índole interna, pero a nosotros no nos preocupan ahora ésas. Nos interesa la situación del contrato, del negocio llevado a cabo por el mandatario. Y en cuanto al mismo, sabemos que, a menos que sea escindible (y en ese caso sólo en una parte), no obliga al mandante en principio (y antes de la ratificación): es ineficaz para él, puede ignorarlo. Pero si hay ratificación, los efectos del acto ratificado revierten ya íntegramente en la esfera jurídica del mandante, éste queda obligado plenamente, y el acto, ratificado ya, resulta ser igual que el hecho por el mandatario dentro de los límites del mandato: adquiere plena eficacia en todos los órdenes, y directamente para el *dominus* (en el mandato representativo, con re-

(35) Debo insistir en que a nosotros sólo nos interesa por ahora la actuación negocial y representativa del mandatario, que sigue quedando, aunque más restringida, dentro del ámbito de aquel precepto.

presentación directa, que es en el que estamos pensando reiteradamente, ya que intentamos hacer cierto paralelismo entre el 1.727 y el 1.259).

La ratificación del 1.727-2.º trasciende, así, más allá de las relaciones mandante-mandatario (frente a lo que piensa Núñez Lagos), y vincula de esa forma a *dominus* y tercero que contrató con el mandatario, de la misma forma —en su día veremos si con el mismo alcance y demás consecuencias: por ahora y en principio parece que sí— que la ratificación hecha al amparo del artículo 1.259-2.º vincula a *dominus* y al otro contratante con quien ha negociado el *falsus procurator*, carente de todo poder. Si no hay, pues, plena identidad entre el caso del artículo 1.259-2.º y del 1.727-2.º, por las razones también dichas, creo que no puede desconocerse su gran proximidad, ni la posibilidad de su asimilación a los efectos que aquí interesan, que miran fundamentalmente a lo que viene llamándose relaciones externas, o entre *dominus* y tercero.

5. ESTRUCTURA DEL NEGOCIO DEL «FALSUS PROCURATOR»

El negocio realizado por el gestor o representante sin poder, o con poder insuficiente, en nombre y para el *dominus* a quien dice representar o por quien actúa —es decir, el negocio o contrato a que se refiere el artículo 1.259-2.º C. c., en cuanto caso tipo, así como el 1.727-2.º y el 1.892, en general, en cuanto asimilados—, no difiere sustancial ni estructuralmente del negocio que lleva a cabo para su representado cualquier representante con poder suficiente: la única diferencia radica, obviamente, en la ausencia o insuficiencia de poder. Se trata, en ambos casos, de un «negocio representativo», por cuanto que tanto el verdadero representante como el *falsus procurator* actúan en nombre de y para otro, no para sí, «alieno nomine»; gestionan un interés ajeno, hay una sustitución en la actividad jurídica: ideas todas ellas alrededor de las cuales gira (según opiniones y puntos de vista) la de la representación y el negocio representativo. Así lo entiende la generalidad de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión (36).

(36) La única salvedad que habría que hacer en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar nuestra amplia perspectiva (por asimilación a nuestro estudio del caso del apoderado que se excede del poder conferido) a la regulación legal del mandato en nuestro Código, sería la del caso del art. 1.727-2.º en que el mandatario obrara en nombre propio, pues este precepto no distingue, y sabido es que en el mandato de nuestro primer Cuerpo legal civil tiene cabida tanto el representativo como el no representativo (argumento art. 1.717 C. c.). Por quedar limitado nuestro estudio al caso del representante sin poder suficiente, o dicho con palabras del art. 1.259, el de quien «contrata en nombre de otro sin estar por éste autorizado...», no podrá quedar incluida entre las hipótesis fácticas a que alcance nuestra atención esa apuntada de representación indirecta que cabe dentro de la previsión normativa del 1.727-2.º. Todo ello dejando aparte la cuestión de si es propia y verdadera representación la llamada indirecta —en cuyo debatido tema no quiero detenerme ahora—, sobre la que si bien es cierto que se pronuncia en sentido negativo una buena parte de la doctrina, incluso hispana, no lo es menos que no es cuestión pacífica y que últimamente disienten, por considerarla también auténtica representación, autores tan calificados como Díez-PICAZO, uno de los últimos en estudiar

Sería vana e inútil presunción intentar abordar ahora, ni siquiera superficialmente, los principales problemas de la representación voluntaria y el negocio representativo en su relación con el negocio ratificable, cuestiones a las que hay que hacer remisión, sin perjuicio de tomar partido, inevitablemente, en algún momento por tal o cual salida o solución en ciertos temas particularmente polémicos o donde es obligado tomar uno u otro camino en la encrucijada. Debe quedar constancia, sin embargo, de algo importante: que se reflejan aquí, en este nuestro campo del negocio del *falsus procurator*, todas las dudas, discusiones, soluciones y hasta construcciones, sometidas a constante revisión y reelaboración, de la doctrina de la representación. Ya no son indiscutibles la vieja y gran conquista de Laband con la neta distinción entre mandato y poder (distinción que ya había visto Windscheid, y en ello se anticipó a Laband, que lo cita); ni el de la independencia y separación total entre negocio de concesión del poder y negocio representativo, criticado a fondo recientemente por Müller-Freienfels; ni la llamada teoría de la representación, que pareció definitiva, entre y frente a muchas otras para explicar en el negocio representativo la participación de voluntades y cómo los efectos se producen en el representado y no en el representante; y se discute si el «ager proprio» o «alieno nomine» es criterio suficiente de distinción, y si puede considerarse verdadera representación legal, y la incidencia del interés gestionado por el representante en la doctrina de la representación, y hasta la clásica distinción entre representante y nuncio, distinción que no es ya tan neta ni decisiva en este campo como se creía (37). Y así, puede verse que la idea de sustitución en la actividad jurídica y la idea de legitimación, traídas para explicar la representación, ha sido recogida por Núñez Lagos en España, y por F. Romano en Italia, para explicar el juego de la ratificación en el negocio en nombre de otro sin poder.

En el negocio representativo o en el contrato de otro, en aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos —palabras éstas, e idea esa misma, con las que Díez Picazo (38) define la representación—, cabe distinguir estructuralmente, siguiendo a Núñez Lagos (39):

- a) Un elemento representativo: la «contemplatio domini».
- b) Un negocio representativo o contrato en nombre ajeno (entendido como actividad negocial por y para otro, para distinguirlo del negocio representativo como «complexum» comprensivo de los varios

con detenimiento esa discutida figura en el trabajo ya mencionado «El concepto jurídico de la representación...», cit., loc. cit., pág. 153 y ss. en lo que afecta a representación indirecta; F. DE CASTRO, «Temas de Derecho Civil», Madrid, 1971, p. 125-126; y ALBALADEJO, «Compendio de Derecho Civil», 2.ª ed., 1974, p. 152 y ss., cambiando con ello su posición anterior («Derecho civil», p. 608, ed. 1970), en sentido contrario.

(37) Pueden verse sobre algunos de esos extremos muy interesantes precisiones en el trabajo ya citado de Díez-PICAZO «El concepto jurídico de la representación...», a lo largo de todo él, por lo que es innecesario hacer citas más concretas.

(38) Op. loc. cit., p. 175.

(39) Op. cit., p. 371.

elementos aquí desglosados), al que se incorpora, con carácter constitutivo, el elemento representativo dicho; y

c) Un elemento justificativo, previo o sucesivo, que contiene el consentimiento y asunción o aceptación del negocio por el *dominus*. Este último elemento queda perfectamente diferenciado de la «contemplatio domini», y es de él de donde emanan las facultades del gestor o representante, o el que convierte en correcta la actuación de éste, que quizá se inició incorrectamente, por una invasión de la esfera jurídica ajena para la que no estaba autorizado; de ahí que pueda ser inicial —la autorización (poder, mandato, sociedad)—, o posterior —ratificación—. En todo caso, puede decirse que no es imprescindible que la acoja al contrato representativo directa o expresamente en su texto, ni siquiera cuando es inicial.

De estos tres elementos, es el último el que más afecta a nuestro estudio. Su ausencia inicial es lo que tiñe de especial color esa variedad del negocio representativo que es el llevado a cabo por el *falsus procurator*. Mas no es sólo esa ausencia, sino su posibilidad de posterior advenimiento, lo que lo caracteriza. Es más: si el negocio o contrato del que actúa en nombre de otro sin poder es jurídicamente algo y nos interesa aquí, es sobre todo en función de la ratificación de *dominus* y porque ella es posible; porque tal expectativa es reconocida y protegida por el Derecho; porque su mera posibilidad, potenciada por su necesidad para que todo lo hecho por el sedicente representante sea efectivo y eficaz, mantiene a aquel negocio en una situación que se sale por completo de todos los moldes jurídicos habituales y está reclamando una atención y una protección particulares.

He ahí el interés que ofrece el estudio del negocio o contrato de quien actúa como representante y en nombre de otro sin poder suficiente, antes de su ratificación por el *dominus*, de cuya especial situación y naturaleza vamos a ocuparnos.

II.—NATURALEZA Y SITUACION DEL NEGOCIO DEL «FALSUS PROCURATOR»

1. DIFERENTES POSICIONES Y TEORÍAS: CLASIFICACIÓN

Uno de los temas que han atraído con mayor insistencia y persistencia, desde el último tercio del siglo pasado, la atención de los juristas, uno de esos clásicos temas polémicos que desde siempre han tentado al jurista teórico, es precisamente éste: de la naturaleza del contrato llevado a cabo por representante sin poder suficiente (donde incluimos, asimilándolos, como tengo dicho reiteradamente, tanto el caso de total ausencia de poder como el de poder insuficiente), antes de su ratificación (39 bis).

(39 bis) Frente a la abundancia de trabajos y citas de autores alemanes, primero, y luego de italianos, sorprende un poco la parquedad y pobreza que se observa en nuestra doctrina, y aun su tardía aparición —que apenas data de los años cuarenta hacia acá—, casi siempre tratado el tema en obras de carácter general o

La cuestión no es baladí, ni debe verse en esa vieja y siempre renovada polémica sobre el tema un mero afán de teorizar vanamente o de gimnasia mental. La cuestión surgió, como casi siempre, ante problemas prácticos o concretas situaciones de la vida real que reclamaban soluciones jurídicas, agravado por una total o casi total ausencia de preceptos positivos aplicables al caso. Y de ahí que, amén de cuanto tiene de aportación científica, aquellos estudios, muy brillantes algunos, alumbrados por la doctrina alemana e italiana, han permitido madurar la institución, que ha adquirido carta de naturaleza y ha encontrado regulación legal en los respectivos Códigos civiles (parágrafos 177 a 185 del B. G. B., y artículos 1.398 y 1.399 del Código italiano de 1942). Esa regulación legal, fruto de aquella preocupación doctrinal, ha engendrado luego nueva doctrina sobre más seguras bases. Nótase, en cambio, una casi total ausencia de trabajos franceses sobre este tema específico, verosímilmente por culpa de un idéntico silencio del «Code» en ese punto, con lo que no dio lugar a comentario de sus numerosos exégetas, que abrieron brecha en tantos otros temas. En nuestro país y en el orden legal ocupamos una posición intermedia: tenemos un artículo 1.259 C. c. de que carece el Código francés, insuficiente, sin embargo, desde luego, para abordar y resolver los numerosos problemas que plantea el contrato del *falsus procurator* y la ratificación, pero digno, en todo caso, de mejor suerte y mayor atención doctrinal.

La cuestión de la naturaleza y situación de tal contrato antes de su ratificación es importante, apuntaba poco ha. Efectivamente: de cómo se explique o construya ese contrato, de cuál sea su naturaleza o situación jurídica, dependerán cuestiones tan importantes como las de la posibilidad de revocación o modificación del contrato unilateralmente por el tercero o de acuerdo con el falso representante, la naturaleza de la ratificación, personas legitimadas, objeto y forma de la ratificación, sus efectos y los de su falta, y otros extremos no menos interesantes y relacionados con ese negocio en cuestión.

La actuación del *falsus procurator* se caracteriza por su intromisión en la esfera jurídica, ajena como se dijo antes de ahora; por disponer de bienes o derechos de un *dominus* de quien no tiene poder suficiente para ello. Primera e importante consecuencia es que hasta tanto ese *dominus* dé su consentimiento a tal disposición —ratifique el negocio—, éste es para aquél «*res inter alios acta*», irrelevante jurídica y efectualmente; es decir, ineficaz, privado de los efectos propios del tipo o reglamentación negocial puesta en juego: en ello está de acuerdo toda la doctrina (40). Ahora bien: lo difícil y controvertido es explicar cuál sea la naturaleza y situación de ese negocio que es todavía irrelevante o ineficaz, y que con la sola ratificación del *dominus*, con su solo «sea», adquiere plena eficacia, y hasta puede ser ésta retrotraída a un momento

con motivos de comentario a alguna sentencia, por donde nos ha llegado, precisamente, alguna valiosa aportación.

(40) «Was noch ungewiss unvollkommen ist, sind lediglich die rechtlichen Wirkungen» (ZIMMERMANN, «Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio», Strassburg, 1876, p. 138).

anterior a la ratificación, al del acuerdo de voluntades entre el falso representante y el tercero.

Prima facie, aparecen dos posiciones extremas a la hora de valorar ese extraño negocio, ineficaz antes de la ratificación. En un extremo, la de quienes ponen de relieve su inexistencia o nulidad. En el otro, la que sostiene una integridad negocial (el negocio sería completo o perfecto en cuanto tal, «per se»), explicando aquella ineficacia como dependiente de la falta de un elemento externo al negocio. Entre esas dos posiciones extremas, y al socaire de influencias metodológicas en unas ocasiones, o como expresión y reflejo de la evolución doctrinal en materia de teoría general del negocio jurídico, y aun según sea el enfoque de ese fenómeno complejo (muchos son posibles, según se fije la atención en lo estructural, lo funcional y hasta lo etiológico), se han ido perfilando variantes, teorías, y hasta direcciones intermedias, que han ido enriqueciéndose con nuevas y progresivas conquistas doctrinales —unas veces basculando hacia lo complejo, y otras buscando nuevos planteamientos—, de modo que si no todas (quizá ninguna) ha supuesto una conquista definitiva —algo casi inasequible en nuestro muy relativo mundo de lo jurídico—, no han dejado de enriquecer también la Ciencia y el Derecho (41).

Ante la variedad de teorías y profusión de opiniones al respecto, parece indicado, para simplificar y clarificar un poco la situación, clasificarlas o agruparlas según sus afinidades. Con esa sola finalidad y sin otra pretensión de mayor alcance, creo que pueden ser agrupadas del siguiente tenor: A) teorías que podríamos llamar negativas, para las que el negocio antes de la ratificación es algo nulo, en sus distintas formas o categorías; B) las que predicen la existencia y validez del negocio antes incluso de la ratificación, aunque ineficaz hasta que llegue ésta, que para algunos actúa a modo de una condición o «*conditio iuris*» de cuyo advenimiento depende la eficacia de aquel; C) teorías que lo asimilan a la contratación entre ausentes, donde la ratificación viene a ser la aceptación de una oferta o de un negocio que le es ofrecido al *dominus*: antes de la ratificación su situación es semejante a la del negocio en el que sólo hay oferta, pendiente de aceptación por la otra parte; D) las teorías que entienden que el negocio del *falsus procurator* antes de la ratificación es algo incompleto, le falta algo que legalmente puede llegar todavía: es un negocio en vías de formación; y E) la de la ineficacia de ese negocio por falta de legitimación del *falsus procurator*.

Veamos ahora separadamente esas teorías y posiciones doctrinales.

Grupo A) Teorías de la nulidad.

Tienen diferentes versiones. En Alemania, y centro de esta dirección o por quienes se sitúan en sus proximidades, suele calificarse con

(41) Véase en este punto la referencia que a enfoques, influencias de evolución doctrinal y riqueza de matices de toda esta cuestión, hace F. ROMANO, «La ratifica nel Diritto Privato», Nápoles, 1964, p. 15-16.

frecuencia el negocio del *falsus procurator*, como de claudicante (42) por estar en trance de morir en defecto de ratificación del *dominus* o por revocación de la otra parte.

Para algún autor, como Murgeaud-Larion (43) y con carácter prácticamente aislado en la doctrina, nuestro negocio antes de la ratificación es inexistente, a falta de consentimiento del *dominus*, que es la auténtica parte contractual (y no su representante). Pero esta dirección se ha adoptado más a efectos dialécticos que como posición definitiva, y no ha encontrado eco alguno, como no sea para refutarla. Efectivamente: qué duda cabe que lo realizado por el *falsus procurator*, no obstante su frágil situación, es «algo» jurídico, produce ciertos efectos, hasta el punto que basta el sí del *dominus*, su ratificación, para que produzca los plenos efectos de un contrato; la inexistencia, la nada jurídica, no podría convertirse con la sola ratificación en esa plenitud jurídica que es el contrato ratificado, eficaz como cualquier otro normal de su tipo; la ratificación no podría dar existencia a algo que antes era «nada»; la ratificación se refiere a un «quid» jurídico ocurrido antes, y por tanto existente (44).

En realidad, las únicas posiciones que se han sostenido con seriedad y dentro de cierto rigor jurídico, aunque haya sido con mayor o menor acierto, dentro de este campo, son las que han considerado el negocio del *falsus procurator* bien como anulable, ya como nulo (nulidad absoluta o radical). Teorías esas bastantes alejadas entre sí tanto en su planteamiento como en su desarrollo, que merecen ser estudiadas detenidamente.

a) *Teoría de la anulabilidad*

Pasa por ser ésta la más antigua de las que han pretendido explicar, dentro de la técnica jurídica moderna, la naturaleza y situación del contrato de que venimos ocupándonos. Hoy apenas tiene seguidores.

Labbé, a mediados del siglo pasado (45), explicaba o entendía el

(42) Vide NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 391, y «La ratificación», *Rev. Dcho Notarial*, 1956, enero-marzo, p. 36.

(43) Para este autor, antes de la ratificación los contratos no son anulables, «mais inexistantes en droit, puisque un élément nouveau est nécessaire pour leur efficacité» (citado por PACCHIONI, «Della gestione degli affari altrui», Padua, 1935, p. 402).

(44) «Es inconcebible que la ratificación por sí sola dé existencia a algo acontecido antes —dice NÚÑEZ LAGOS (op. cit., p. 393), a este respecto—. La ratificación se refiere a un «quid» advenido física y moralmente con anterioridad y, por tanto, existente. Que este «quid», con intervención de personas (del gestor y contratante) y de sus consentimientos, tenga mayor o menor eficacia es cosa distinta de que sea inexistente. Una cosa es la existencia y otra muy distinta el ámbito, mayor o menor, de su eficacia».

Sobre lo inoportuno e invariable de esta dirección que califica a nuestro contrato de inexistente, véase también SAGGESE, «La rappresentanza», Nápoles, 1933, p. 227, y PACCHIONI, op. cit., p. 408 y ss. (411).

(45) «Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires», París, 1856. En el mismo sentido, al parecer, POLIGNANI, «Dottrina della ratihabitio», Nápoles, 1869, p. 7 y 8, citado por NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 394, y

negocio del *falsus procurator* como un negocio anulable, o al menos, equiparable al anulable, y susceptible, como éste, de sanación, de forma que la ratificación de aquel por el *dominus negotii* quedaba equiparada a la confirmación del negocio anulable. «Il y a plus d'analogie —decía Labbé (46)— entre la confirmation d'un acte annulable et la ratification d'une gestion accomplie pour nous sans mandat. Dans les deux cas, l'acte primitive n'est pas entaché d'une nullité absolue; il peut avoir un effet, porvue qu'il soit complété ou corrigé. L'acte posterior de ratification se rattache par un lien intime et nécessaire à la convention qu'il confirme» (47).

Esta teoría apenas ha tenido continuadores o adictos entre los que se han preocupado de esta cuestión más recientemente, si se exceptúan Betti, sólo temporalmente (48) (pues hoy no opina así, rectificando su propia posición anterior), y el particular enfoque de Minervini para el caso de exceso o abuso de poder (en cuyo caso ve este autor una desviación del representante, en su cualidad de nuncio o portador de la declaración de apoderamiento al tercero, respecto de la exacta transmisión de la misma), para quien en tal situación derivaría una acción de anulabilidad por parte del *dominus* por error obstativo, en el sentido del artículo 1.433 C. c. italiano, subordinada a los presupuestos de la esencialidad y reconocibilidad del error (49). Podría citarse también, con el mismo carácter excepcional, cierta jurisprudencia italiana, muy oscilante en este debatido tema, que durante una época ya superada y sólo aisladamente consideró también anulable el contrato de constante referencia (50).

La tesis de la anulabilidad no se yergue tanto sobre los presupuestos doctrinales o legales propios de esta categoría jurídica, cuanto sobre la confusión existente (sobre todo en Labbé; otra parece ser la orientación e incluso los errores de Minervini) entre confirmación y ratificación: si éstas son iguales o equiparables —viene a decirse—, el negocio ratificable será de idéntica naturaleza, o equiparable al menos, al ne-

GRAZIANI, «La rappresentanza senza procura», *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Napoli, 1953, p. 6.

(46) Op. cit., p. 8.

(47) «Il n'est pas efficace par lui même, isolément —continúa LABBE, op. loc. cit.—. Il n'a toute sa valeur qu'en s'appuyant sur un contrat antérieur auquel il ajoute un élément de force et de validité». «La ratificación —dice PACCHIONI, op. cit., p. 400, comentando la opinión de LABBE— no sería, pues, sino un medio ofrecido al dominus mediante el cual podría sanar la anulabilidad de un acto para él, y en su nombre, concluido con el tercero por un gestor.»

(48) BETTI, «Teoria generale del negozio giuridico», ed. 1943, p. 299 y 381. Con posterioridad, y a partir de la edición de 1950 de esa misma obra (p. 583, ed. italiana; trad. esp. antes citada, p. 450), se inclina por la invalidez del negocio en cuestión, invalidez pendiente de la ratificación del interesado para que adquiera aquél plena eficacia.

(49) MINERVINI, «Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del dominus», *Foro Italiano*, 1947, I, 380 y ss. (citado por DE MARTINI, «Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, 832).

(50) Ss. Cass. civ. 28 dic. 1948 y 14 marzo 1949 (citadas por DE MARTINI, op. loc. cit., 830).

gocio confirmable, lo que sólo cabe para el negocio anulable; «ergo» el negocio del *falsus procurator* será un negocio anulable.

Pero hoy es ello insostenible, cuando la doctrina moderna tiene bien esclarecido, a partir de Windscheid sobre todo (51), la neta diferencia que hay entre ratificación y confirmación, y en su consecuencia, entre negocio anulable (confirmable) y negocio del representante: sin poder suficiente (ratificable) (52).

Efectivamente: las notas características del negocio anulable no concurren en el ratificable, y sus diferencias son claras y numerosas. El negocio anulable nace completo desde su celebración, no le falta ningún elemento, produce todos sus efectos desde que surge a la vista jurídica como cualquiera otro. Está afecto, sin embargo, de un vicio, de un defecto de origen (es un negocio enfermo, podría decirse) que hecho valer por persona legitimada para ello, puede dar lugar a la anulación del negocio, con lo que éste dejará de producir a partir de entonces los efectos propios del mismo, normales hasta tal anulación. El vicio puede, además, ser sanado, y confirmado el negocio anulable, pero sólo es confirmable por la misma parte, por el mismo contratante en quien radicaba el vicio que afectaba al contrato: la confirmación supone una renuncia a la anulación del negocio y sus efectos, y a partir de entonces deviene inimpugnable (por esa causa, claro) y perfecto, mas no más o diversamente eficaz de lo que era antes de la confirmación (53).

Bien distinto es el negocio del *falsus procurator*. Este nace imperfecto, a falta de algo imprescindible: la voluntad o consentimiento del *dominus*; no puede producir efecto alguno antes de la ratificación; ni para el *falsus procurator*, que no es parte negocial, ni para el *dominus*, en cuya esfera jurídica se ha entrometido aquel sin su autorización. La ratificación es obra de persona distinta de quienes habían intervenido con anterioridad en ese negocio, a diferencia de lo que ocurre en la confirmación (obra de uno de los contratantes, de aquel, precisamente, de quien provenía el vicio). El negocio del *falsus procurator* no se sana por el mero transcurso del tiempo, a diferencia del anulable, respecto del que la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de un plazo determinado, y la inactividad (prescripción sanatoria) comporta confirmación. El contrato anulable, en suma, es inicial y provisionalmente válido, eficaz hasta su anulación; el ratificable es ineficaz antes de la ratificación, y sólo después de ésta deviene eficaz y completo o perfecto, a falta como estaba del consentimiento de uno de los contratantes o parte verdadera del negocio (que lo es el *dominus*, y no el *falsus procurator*, en ello no hay duda) (54).

El contrato ratificable no existe cumplida y realmente hasta la ratifi-

(51) «Pandette», trad. ital. cit., t. I, § 83, notas 2 y 8.

(52) Tales diferencias entre ratificación y confirmación, hoy claras, pueden verse en cualquier obra general o especial que aborde esta materia. Vide, a título de ejemplo, SAGGESE, «La rappresentanza...», cit., p. 228-229. Es muy interesante en nuestra jurisprudencia, a este respecto, la sent. T.S. 25 junio 1946, a la que me referiré ampliamente más adelante.

(53) Vide SAGGESE, op. cit., p. 228-229, algunas de cuyas ideas recojo.

(54) Véase a este respecto HERNÁNDEZ GIL, «Comentario a la sent. T.S. 29-enero 1945», en *Rev. Gen. Legisl. y Jurispr.*, 1945, p. 613 y ss. (617-618).

cación, y el anulable, en cambio, existe hasta la anulación, la cual deja de ser posible con la confirmación. El contrato anulable tiene una validez provisional, mientras que el del *falsus procurator* tiene una posibilidad de validez que no entraña validez provisional. Si este segundo fuera anulable, para que no le afectara precisaría el *dominus* ejercitar la acción de nulidad, y en realidad no ocurren las cosas así, pues el *dominus* nada tiene que hacer para eludirlo, y le basta con no ratificar para que el negocio hecho en su nombre y sin poder suyo suficiente no le afecte.

Son, pues, demasiadas diferencias las apuntadas (55) para que pudiera prosperar la tesis de la anulabilidad, sin más valor hoy casi que el puramente histórico. Sólo nos es útil en cuanto ha puesto de manifiesto errores pasados, y deslindado nuestro campo por un lado, en esa frontera que nos es ya bien conocida (más por dejar demostrado lo que no es, que lo que es).

b) *Teoría de la nulidad (absoluta)*

Parece que surgió esta teoría como réplica a la precedente, a la hora de la crítica de la tesis de la anulabilidad.

Brugi ya no asimila ratificación a confirmación, sino que las contrapone, y así como ésta presupone un acto anulable, la ratificación presupone un acto que «es nulo, no solamente anulable» (56).

Y Rocco considera el negocio del representante sin poder suficiente como inválido, y luego, con objeto de dar mayores precisiones, ante la imposibilidad de catalogar dicho negocio entre las dos categorías de negocio anulable y negocio absolutamente nulo, habla de una categoría intermedia de negocios «relativamente nulos», entre los que incluye el del *falsus procurator* (amén de algún otro caso o tipo). Pero lo que es claro en Rocco a este respecto es que nuestro contrato es para él: en primer lugar, nulo, no anulable, en cuanto que es inmediatamente ineficaz sin que sea preciso impugnación del *dominus* para que no le afecte; y de otro lado, nulidad relativa (en la concepción y sentido que él mismo le da), no absoluta, en cuanto que la invalidez depende de la falta del concurso necesario de la declaración de voluntad del interesado, no en el sentido de que el negocio sea válido respecto de uno y nulo respecto de otros. Para Rocco, la ineficacia de este negocio es frente a todos (y no sólo respecto de la persona, *dominus*, cuya falta de intervención determina el defecto); ineficacia relativa en cuanto a la causa, no en cuanto a los efectos del negocio (57).

(55) Lo que no impide que haya también algún punto o elemento en común entre un contrato y otro, así como entre la ratificación y la confirmación: ambas coinciden en hacer eficaz un negocio que de otra forma no podría serlo; mas la causa de esa ineficacia es distinta en uno y otro caso, y de ahí aquellas diferencias aludidas en el texto.

(56) «Un atto il quale sia stato conchiuso per noi da chi non ne aveva mandato, è nullo, non solamente annullabile» (BRUGI, «Ratifica di atti annullabili e rappresentanza», *Riv. Dir. Comm.*, 1905, II, p. 78).

(57) Rocco, «La convalescenza dei negozi giuridici e l'art 137 Cod. Comm.», *Riv. Dir. Comm.*, 1910, II, p. 181 y ss. (185-186). Mantiene la misma tesis en su «Corso di Diritto Commerciale», Padua, 1921, p. 396.

Posición muy semejante a los anteriores adopta Navarrini, para quien «si el poder de representación no existe, los contratos estipulados por el falso representante, los negocios jurídicos en general llevados a cabo por él, son afectos de nulidad, siquiera sea nulidad simplemente relativa, no absoluta» (58).

Tampoco es satisfactoria esta teoría, cuyos defectos, en varios terrenos, han atraído una severa crítica.

«La nulidad —dice Hernández Gil (59)— constituye el grado más intenso de la invalidez; el contrato nulo es, como tal contrato, jurídicamente inexistente, inválido e ineficaz; no puede producir en modo alguno el efecto jurídico a que se dirige; tiene una existencia exterior, una trascendencia jurídica, pero no como tal contrato... Y rige inexorablemente el viejo axioma: «quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere», que viene a significar la imposibilidad de que recobre existencia o validez el contrato. Quienes han celebrado un contrato nulo, podrán celebrar un nuevo contrato. A lo sumo el contrato nulo podrá ser susceptible de conversión... Pues bien, todo ello contrasta con la posibilidad de validez y eficacia inherente en todo momento a los contratos de los artículos 1.259 y 1.727 y a su efectiva validez y eficacia, una vez que se produzca la ratificación. Esta no sólo determina que a partir de ella exista el contrato y que entonces se reputa que ha existido desde el principio (efectos retroactivos), sino que, además, determina que ya antes, aún desconociendo si se producirá la ratificación, haya de reconocérsele un principio de existencia.»

Poco cabe añadir a esas precisas palabras de Hernández Gil para refutar la tesis de la nulidad: aunque la cita sea un poco larga, merecía la pena. Quizá sólo cupiera traer aquí también aquello de «quod nullum est, nullum producit effectum», aplicable al negocio nulo en sentido estricto, mas no al del *falsus procurator*; insistir en cuanto se dejó dicho a la hora de argumentar contra la tesis del negocio inexistente, sobre la imposibilidad de que la ratificación puede dar vida y existencia a algo que antes era nada, «nullum» (60); y dejar constancia de una preocupación y un peligro: que en esta cuestión se interfirieran distinciones y sutilezas formales y terminológicas que vengan a sumar dificultades en lugar de arrojar alguna luz en nuestro no fácil problema. Creo que es eso, sustancialmente, lo que ocurre en la posición de Brugi, y sobre todo de Rocco, donde su confusión, y la necesidad de salir a buscar una categoría intermedia para «nuestro» contrato

(58) NAVARRINI, «Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale», t. II, número 481. Sin embargo, un poco más adelante parece matizar y aún rectificar esa posición y palabras transcritas para aproximarse a la tesis del negocio imperfecto más que nulo.

(59) Op. loc. cit., p. 616-617.

(60) Uno de los argumentos más eficaces para combatir la tesis de la nulidad —que ya apunta HERNÁNDEZ GIL en la larga cita transcrita—, en el que cabría también insistir, es precisamente éste de que la nulidad no admite convalidación o sanación de ninguna clase, argumento principal en que se basaba MIRREIS para rechazar que se pueda hablar de nulidad (absoluta) en el caso del contrato a que nos venimos refiriendo, en «Iherings Jahrbücher», XXVIII (1889), p. 101 (citado por PUGLIATTI, «Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi», *Riv. Dir. Comm.*, 1936, p. 28, nota 3, y en «Studi sulla rappresentanza», Milán, 1965, p. 298, nota 87).

(al que califica de «relativamente nulo», para distinguirlo de los absolutamente nulos y de los anulables, como hemos visto), radica en su especial y no clara idea de lo que sea o signifique negocio nulo o inválido, alrededor de lo cual gira la construcción de Rocco, no siempre demasiado consecuente consigo mismo (61).

Tras la crítica de Graziani, en 1927, a la tesis de la nulidad, pareció enterrada definitivamente, al menos en Italia. Sin embargo, no ha mucho parece haber renacido de sus propias cenizas, por la autoridad de cierto autor (Betti, que con ello rectificaba su propia posición anterior a favor de la anulabilidad), y por el calor y la insistencia con que la ha defendido algún otro (De Martini, en numerosos trabajos) y al socaire de una insegura y oscilante jurisprudencia italiana, que también ha tocado este palo y al pronunciarse en alguna ocasión por la tesis de la nulidad (Ss. Cass. civ. de 28 junio 1935, 18 enero 1949, y Trib. Apel. Nápoles, de 1 julio 1946), ha sido citada como refrendo de tal posición doctrinal.

Betti, rectificando, como he dicho, su posición anterior, en la edición de 1950 su célebre «Teoria generale del negozio giuridico», se pronuncia por la invalidez del negocio en caso de ausencia de poder de representación, «invalidez pendiente mientras no sobrevenga la ratificación del interesado» (62).

(61) GRAZIANI, en su trabajo antes citado (que había sido publicado ya en 1927, en «Anuali dell'Istituto giuridico dell'Università di Perugia»), hace un detenido e interesante comentario y aguda crítica de la posición e ideas de Rocco. Si con la expresión negocio nulo, dice GRAZIANI, se quisiera indicar sólo que el negocio antes de la ratificación no produce efectos para el «dominus», podría aceptarse esa afirmación, pero no nos llevaría en realidad a ningún resultado, porque el problema es precisamente saber cuál sea la naturaleza de esa relación que no produce todavía efectos para el «dominus». Pero si la idea que se tiene del negocio antes de la ratificación como negocio nulo se pone en relación con el concepto general de invalidez dado por Rocco, entonces habrá que disentir sustancialmente de su opinión, añade GRAZIANI, pues para aquél invalidez no es inexistencia del negocio como acto volitivo, sino ineficacia jurídica del negocio. Tras invocar a DERNBURG y sus ideas sobre el contrato nulo (que no es para él la «nada», pues siempre hay algo lanzado por las partes al mundo jurídico), dice GRAZIANI que incluso en el caso en que se puede hablar de nulidad derivada de inexistencia de voluntad (vis absoluta, por ej.), aún existe la forma externa de su manifestación, la declaración; pero en el negocio del *falsus procurator* falta incluso una declaración de voluntad necesaria para el nacimiento del negocio representativo: la del representado; por tanto, o se considera tal declaración como mero requisito de eficacia, como sostienen los partidarios de otra teoría, o se reconoce en ella un elemento esencial para el funcionamiento de la institución de la representación, y entonces no puede por menos deducir GRAZIANI que aquel negocio no es nulo, sino que no ha llegado todavía a completarse, a nacer. Podría decirse que es inexistente —añade— contraponiendo esa palabra a la de nulo, pero puesto que con frecuencia se confunden tales términos o se usan como equivalentes, es preferible abstenernos de emplear aquél.

Y también demuestra el mismo GRAZIANI que «nuestro» negocio no puede ser inválido en el sentido de relativamente nulo que tiene para ROCCO, con palabras y argumentos de este último. Para mayores precisiones, véase el trabajo mencionado de GRAZIANI, loc. cit., p. 19-20. SAGGESE, op. cit., p. 231-232, transcribe casi literalmente a GRAZIANI, solidarizándose en su crítica a BRUGI y ROCCO.

(62) Op. cit., p. 583, ed. ital.; p. 450, trad. esp. de MARTÍN PÉREZ (Madrid, 1959), que citaré en lo sucesivo en evitación de confusiones.

Esa invalidez, que en Betti equivale a nulidad, la basa en que la falta de poder implica ausencia del requisito de legitimación (pás. 454 y 369, ed. esp.), que ese autor contrapone a aquellos casos en que sólo hay vicio, no ausencia, de legitimación (tal, en los de abuso de poder o representación: contrato del representante consigo mismo sin estar autorizado, u otro caso de conflicto de intereses entre los de representante y representado), que para él adolecen de simple anulabilidad del negocio. No se olvide que para Betti la legitimación, en el concepto que tiene de ella (63), es presupuesto del negocio (presupuesto subjetivo-objetivo), requisito de validez, interno, no externo al negocio. El apoderamiento legitima al representante para disponer de los intereses del representado; a falta de poder, falta de legitimación, y por tanto, de un presupuesto del negocio, de un requisito inexcusable: el negocio del *falsus procurator* será inválido, no sólo ineficaz, como pretende la mayor parte de la moderna doctrina italiana.

A la misma conclusión de nulidad llega Angelo de Martini, aunque por otro camino distinto a Betti, con quien, curiosamente, se enfrenta con más energía y a veces cierta ironía. En sus varios trabajos destinados directa o indirectamente a este tema, sostiene De Martini que el contrato del *falsus procurator* es nulo, no por falta de legitimación (que para este autor es elemento o requisito extrínseco al negocio, que sólo podría determinar su ineficacia, pero no su nulidad), sino porque le falta el elemento «declaración de voluntad», médula o centro de gravedad de todo negocio. En su argumentación, parte De Martini de una afirmación para él incontrovertible: para la validez del contrato, del negocio en general, es esencial que la declaración sea de las partes. Ahora bien: en el negocio representativo, como es el de nuestro caso, y por obra y gracia de la «contemplatio domini», parte negocial—continúa— es el *dominus*, no el falso representante, quien no declara nada para sí; sin poder, y antes de la ratificación, no hay declaración verdadera a efectos negociales ni del *dominus*, que no se ha pronunciado todavía, ni del *falsus procurator*, pues éste no negocia para sí, ni su declaración sin poder vale tampoco como de su representado: no hay aún «declaración», y al ser ésta elemento esencial del negocio, su falta determina la nulidad del acto (64). Mas no quiere

(63) «La legitimación de la parte puede definirse como su competencia para adquirir o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular. Problema de legitimación es el de considerar quién, y frente a quién, puede correctamente concluir el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conforme a su función y congruentes con la intención práctica normal de las partes» (p. 177, ed. esp.; p. 219 ed. ital. 1950).

(64) Tal es, sustancialmente, y muy resumida, claro está, la línea argumental de DE MARTINI en varios trabajos: «Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, I, 295 y ss.; «Vizi di validità degli atti compiuti in nome o in sostituzione d'altrui», misma Revista, 1949, I, 437 y ss.; «Ancora sul difetto di poteri del rappresentante», idéntica Revista, 1949, I, 547 y ss.; y sobre todo «Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere», *Giur. Compl.*... 1951, III, 828 y ss., habiendo insistido sobre el mismo tema y posición en «Recesso unilaterale dal contratto concluso col rappresentante senza potere», *Riv. Dir. Comm.*, 1955, II (julio-agosto), p. 266-280.

decir ello —añade este autor— que ese contrato, del que el artículo 1.399 C. c. italiano dice que puede ser resuelto o revocado, se halle privado de todo efecto: aquella nulidad puede ser sanada por la ratificación del *dominus*, lo que comporta —reconoce el propio De Martini— que algún efecto produce el negocio nulo; no se trata, evidentemente, del típico efecto negocial buscado, sino de un efecto muy particular que se desarrolla en dos direcciones: en el sentido de determinar entre «tercero» y *dominus* una cierta situación de expectativa, en la cual se concreta la aludida sanabilidad de la nulidad (situación que no es para este autor italiano una relación jurídica propia y verdadera); y de otro lado, en el sentido de determinar también una relación jurídica en sentido propio entre *falsus procurator* y «tercero», relación que no es ciertamente la contractual, sino la derivada como de mero hecho jurídico, ya que no la propia de la eficacia del negocio, que sabemos es nulo. A esas relaciones se refiere, para De Martini, la revocación o posibilidad de ruptura a que alude el artículo 1.399-3.º Código civil ital., y no al contrato, que es nulo —insiste— (65).

Aunque no ha tenido demasiada audiencia la posición y conclusiones a que llega el Prof. De Martini, tampoco ha pasado desapercibida ni dejado de encontrar algún seguidor. Nicola Distaso acepta sustancialmente las ideas de aquel, repite sus argumentos y llega a las mismas conclusiones, incluso en materia de revocabilidad del contrato de constante referencia, terreno donde se han prolongado en la doctrina y la jurisprudencia italiana las dudas y las discusiones que hemos encontrado hasta ahora (66).

No obstante la superioridad de la construcción y la línea argumental de Betti y De Martini sobre las de Brugi y Rocco en su común conclusión de la nulidad del contrato del *falsus procurator*, tampoco podemos acoger la tesis de aquéllos, ni parece que puedan tener más éxito en puridad de principios (67).

A las consideraciones hechas en su momento combatiendo la teoría de la nulidad, y las inconsecuencias a que lleva, podría añadirse ahora, frente a Betti, que es muy dudoso que el problema que nos ocupa pueda reconducirse sencillamente a un caso de falta de legitimación, y mucho más que ésta, en ese caso, deba considerarse como elemento

(65) Vide a este propósito, sobre todo, «Invalidità del contratto del falsus procurator e interesse contrattuale negativo», loc. cit., p. 298.

(66) N. DISTASO, «Considerazioni in tema di vizio di validità del contratto del falsus procurator» (comentario a la sent. Trib. Roma, 19 mayo 1949, sobre este y otros extremos), *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, II, 869 y ss. (especialmente 874-875). Sigue también, al parecer, a DE MARTINI, CANDIAN («Nozioni instituz. di diritto privato», 1948), a quien no he podido consultar.

(67) Precisamente es en este terreno donde MESSINEO («La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente [falsus procurator]», *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.*, 1956, p. 394 y ss.) crítica con más energía a BETTI al rebatir la tesis de éste: el que no sea consecuente con los principios generales, con sus propios principios generales mantenidos en otros lugares de su obra: véase especialmente página 415, donde termina: «por esto, en vez de oponer a dicho autor (BETTI) los argumentos que hemos opuesto a DE MARTINI, es el caso de exhortarlo a ser consecuente (consigo mismo)».

intrínseco del negocio cuya falta deba implicar necesariamente su nulidad, aunque fuera relativa, como parece entender ese autor. No se olvide que la legitimación en el orden sustantivo-negocial —tal como la entiende la doctrina moderna, y aun aceptando la idea y definición que de ella da Betti—, es una categoría no homogénea, que en unos casos puede dar lugar a nulidad, en otros a anulabilidad y en alguno a mera resolución (68), y sobre todo, que los problemas de representación (en cuyo campo nos movemos, aunque sea en su terreno negativo, por su ausencia) no se identifican plenamente con los de legitimación, ya que en el mejor de los casos la representación no es sino una variedad o especial situación de legitimación para contratar (69); quizá fuera mejor decir que ambas categorías o instituciones tienen zonas comunes, lo que no permite identificarlas y menos reconducir una a la otra. En todo caso, y volviendo a Betti, no se comprende cómo diciendo por un lado que el contrato nulo no es convalidable, habla luego de su sanabilidad, en nuestro caso, por la ratificación.

Lo mismo puede argüirse frente a De Martini, quien también habla de sanabilidad del negocio «nulo» del *falsus procurator*. Pero hay más: la nulidad es una especial situación de un negocio ya completo, terminado, aunque ineficaz por su grave mal de origen así sancionado «ope legis». ¿Es éste el caso del negocio del *falsus procurator*? De la propia construcción de De Martini parece deducirse otra cosa. Habla de que en ese negocio no hay *aun* declaración; de que el *dominus*, verdadera parte contractual para él, no se ha pronunciado todavía, pudiendo hacerlo después; da a entender hallarse incompleta, hasta tanto llegue la ratificación, la «declaración» de una de las partes, por quien actúa el falso representante;... Aunque combate la teoría del negocio en vía de formación, está apuntando en esa misma dirección sus argumentos. Si el negocio es «nullum», no es por nulo, de nulidad, como ahora la entendemos en cuanto categoría jurídica perfectamente acuñada y con un significado concreto, sino como algo que sin terminar de construirse, adolece de lo fundamental para ser lo que pretende ser; y por ello, por imperfecto o inacabado, no es, no existe aún. Pero creo que ello no nos permite decir que «eso», lo que sea, debe catalogarse dentro de la categoría de nulidad o de inexistencia jurídicas. Por lo demás, vale aquí cuanto dije, propio o ajeno (citado), frente a Rocco y demás, que doy por reproducido (70).

(68) Vide MESSINEO, op. loc. cit., p. 413.

(69) «En cuanto al sujeto —dice a este respecto ROMANO, op. cit., p. 198-199 refiriéndose al *falsus procurator*— es un representante. El defecto de su legitimación (es decir, su acción no legítima) se traduce en la falta de eficacia, pero ésta no integra el concepto lógico de representante ni aquél altera el carácter de la acción. La legitimación es un presupuesto para el ejercicio eficaz del poder, pero no puede confundirse obviamente con su sustancia; se puede actuar como representante aun sin estar legitimado, pero el valor de la acción como acción representativa, es decir, directamente eficaz para el representado, depende de la ulterior legitimación».

(70) Para una crítica a fondo de la tesis e ideas de DE MARTINI, particularmente en el contexto legal del Código italiano y en el juego de sus argumentos legales, véase MESSINEO, op. loc. cit., 401 y ss.

Grupo B) *Teorías de la eficacia sometida a condición*

En el terreno opuesto a las anteriores, para las que el contrato del *falsus procurator* era inexistente o nulo, es decir, casi la «nada» jurídica, se hallan las de este grupo, donde con varias justificaciones y razonamientos viene a decirse que el negocio llevado a cabo por el representante sin poder con un tercero es un negocio no sólo válido sino hasta perfecto, completo en cuanto negocio, aunque ineficaz hasta la ratificación por el *dominus*, de la cual no dependen nada más que los efectos de aquel negocio, efectos que se hallan suspendidos, o condicionados a la llegada de la ratificación. Pero lo más sobresaliente de esta dirección doctrinal, por contraste frente a las de la nulidad y a cualesquiera otras, está precisamente en considerar «nuestro» negocio como completo, perfecto en cuanto tal, sin otro defecto que el de ser todavía ineficaz, lo que no afecta a su entidad o esencia (de la misma forma que no deja de ser perfecto contrato aquel cuya eficacia se halla condicionada o aplazada).

Caracteriza a esta teoría su íntima relación con toda la teoría general del negocio jurídico, de la cual es tributaria, y de la que, en ósmosis casi constante, refleja sus conquistas y sus desfallecimientos: encontraremos aquí muchos de los temas sobresalientes de la problemática negocial, y veremos cómo ciertas variantes dentro de esta teoría no son sino exponente de otras a más alto nivel sobre particulares puntos o zonas de la teoría general del negocio.

Suele citarse a Zimmermann como el primer seguidor de esta dirección doctrinal. Sin embargo, puede encontrarse cierto precedente en Laband y en su célebre trabajo sobre la representación (71), quien aunque de pasada, se refiere al negocio del *falsus procurator* como un negocio condicionado, dando la sensación de que ése es para él un verdadero negocio, completo o perfecto, aunque condicionado (y la condición sería el hecho futuro e incierto de su ratificación). La única particularidad a reseñar es que Laband contempla sólo la hipótesis de que el tercero que contrata con el *falsus procurator* conozca la falta de poder suficiente; mas ello no tiene demasiada trascendencia a nuestros efectos.

En Zimmermann la construcción es más coherente y definitiva (72). Su punto de partida está en su propia idea de lo que sea negocio jurídico: un acto jurídico dirigido a la producción de un determinado efecto, bastando esa dirección a la producción de efectos, sin la exigencia de que en todo caso se alcancen (con lo que difería de Köppen —con el que tuvo en este punto una conocida polémica—, para quien el negocio era un acto que no sólo tiende a producir, sino que produce una relación jurídica y ciertos efectos jurídicos (73): para Köppen

(71) LABAND, «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. HGB», en *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. X (1866), p. 231.

(72) ZIMMERMANN, «Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum gestio», Strassburg, 1876, sobre todo pág. 149 y ss.

(73) KÖPPEN, «Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden», en *Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik*, vol. IX, p. 138 y ss. (sobre todo, 144 y ss.).

es esencial para la idea de negocio que se alcancen los efectos a que él mismo va dirigido). Partiendo de ahí, y de que en el negocio representativo es el representante y no el representado quien lo lleva a cabo, entiende Zimmermann, y lo dice con particular insistencia, que el negocio del *falsus procurator* (negocio representativo para este autor, como para la casi totalidad de la doctrina) es un negocio completo y perfecto en cuanto tal. Ahora bien: Zimmermann reconoce, por ser evidente, que ese negocio no produce efectos, los típicos efectos negociales ni los propios de su clase, antes de la ratificación; pero ello, añade, no es algo anormal o desusado, ni deja por eso de ser negocio perfecto: su situación es semejante a la de un negocio condicional, y la ratificación tiene respecto de ese negocio del *falsus procurator* el mismo carácter accesorio que el acaecimiento de un hecho condicionante en el negocio condicional: de ambos, cada uno en su caso, depende la eficacia del negocio respectivo. La ratificación es, así, para Zimmermann, una condición, y más exactamente, una «*conditio iuris*», en cuanto exigencia legal para la producción de los efectos contractuales, y no por preverla o imponerla los contratantes (74), y ello independientemente de que tercero y *falsus procurator* conocieran, o no, la inexistencia o insuficiencia de poderes de este último, pues en todo caso la necesidad de la ratificación para la eficacia del negocio es una exigencia del ordenamiento jurídico.

Pero no escapa a la fina sensibilidad jurídica de Zimmermann el que ese negocio, del que dice ser completo y perfecto aún antes de la ratificación, no lo es plenamente, le falta algo que le obliga a llamarlo de alguna manera. Y así, distinguiendo, como distingue él, entre imperfección («*Unvollkommenheit*»: que reserva para los casos en que el negocio está incompleto en lo atinente a eficacia jurídica) e invalidez («*Ungültigkeit*», cuando la deficiencia es intrínseca y afecta al negocio propiamente dicho, según la idea que tiene de éste, y no a su eficacia), tiene que reconocer que ese negocio es algo «jurídicamente deficiente» (en el sentido de imperfecto, incompleto, a falta de algo), «*rechtliche mangelhaftes*» (75). En todo caso, queda claro para Zimmermann que el tipo de imperfección que aqueja al negocio del *falsus procurator* es bien distinta de aquellas que afectan a la propia esencia y existencia del negocio.

Cualquiera que sea la crítica que pueda merecer —y que luego recogeremos—, no cabe duda de que Zimmermann es quizá el primero en abordar seriamente y sobre bases nuevas (más que partiendo de ideas importadas o adoptadas de otras zonas o instituciones, como hicieron otros), el problema de la naturaleza y situación del negocio del *falsus procurator*. Pronto tuvo seguidores que aceptaron con más o menos

(74) Sin embargo, más adelante el propio ZIMMERMANN advierte que entre la condición propia o normal y la ratificación hay más parecido que identidad, pues si aquella es un simple acaecimiento objetivo, del que deriva mecánicamente el efecto, la ratificación es un acto voluntario del *dominus* dirigido a aceptar los efectos del negocio que pensando en él y para él ha preparado su falso representante; frente a la actuación mecánica de la condición, la ratificación tiene fuerza dinámica, dice ZIMMERMANN.

(75) Op. cit., p. 153-154.

fidelidad su línea e ideas, y muchas de éstas están hoy todavía presentes entre una buena parte de la doctrina moderna, particularmente la idea de que lo único que falta a aquel negocio es la eficacia, supeditada a la ratificación del *dominus*, como veremos.

Karlowa es el primero en el tiempo (con ocasión de un trabajo que no se ocupaba directamente de nuestro tema, sino de los efectos del negocio jurídico, publicado en 1877 (76) y próximo también en el pensamiento, aunque llegado por distinto camino, entre los que pueden adscribirse a esta tesis. Y también este autor, como Zimmerman, parte, para llegar a las conclusiones que aquí interesan, de su personal concepción del negocio jurídico. En la base de la construcción de Karlowa se halla la distinción, para él sustancial, entre la actividad negocial que constituye la «causa efficiens» de los efectos jurídicos (77), y los actos o situaciones que funcionan sólo como elementos condicionantes de aquellos efectos. En esa línea, distingue los actos constitutivos y los actos decisivos del negocio; los primeros son los elementos clásicos, los requisitos estructurales del negocio, y los segundos tienen la función de decidir si aquellos han llegado a dar existencia al negocio y puede ser eficaz (78). Aplica luego Karlowa tales ideas a la representación y al negocio representativo, y dice que los actos constitutivos de éste son obra del representante, y el representado a través del poder previo o de la ulterior ratificación sólo pone actos decisivos para la eficacia de aquel negocio. La ratificación del *dominus*, en relación con el negocio del *falsus procurator*, no es sino un «acto decisivo» del que depende la eficacia de aquel; la actividad negocial propiamente dicha corre a cargo del falso representante en su relación con el tercero, a la que sólo le falta eficacia.

He aquí, pues, lo que aproxima y lo que separa a Karlowa y Zimmermann: tienen en común el que lo único que falta al negocio del *falsus procurator* es la eficacia, y que la ratificación no es elemento constitutivo del mismo. Pero Karlowa no se atreve a decir que ese negocio se halle completo y perfecto antes de la ratificación, pues reconoce que su existencia jurídica y su plenitud dependen de la ratificación; y tampoco habla de «conditio iuris» aplicada a la ratificación respecto del negocio.

Esta teoría tuvo amplia repercusión, no obstante la dura crítica de Miteis, que luego veremos, y fue aceptada a fines del siglo pasado por Monroy, Regelsberger, Leonhard, y luego por Rennert y otros (79),

(76) KARLOWA, «Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung», Berlín, 1877.

(77) «Ist das Rechtsgeschäft nicht bloss die Voraussetzung oder Bedingung, sondern die causa efficiens der Rechtswirkung», op. cit., p. 4.

(78) Op. cit., p. 6-7. Añade KARLOWA más adelante (p. 10-11) cómo la diferencia entre actos constitutivos y decisivos, que no aparece muy clara cuando estos últimos se verifican antes que los constitutivos (piénsese en el apoderamiento que precede al negocio representativo), aparece más evidente cuando los hechos constitutivos preceden a los decisivos (caso de la ratificación, que incluye entre éstos). De otro lado, y para este mismo autor, los actos decisivos pueden tener eficacia retroactiva, cosa que no ocurre con los constitutivos.

(79) MONROY, «Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte», Rostock, 1878, p. 44 y ss.; REGELSDERGER, «Pandekten», t. I (Leipzig, 1893), p. 598.

y parece haber influido en el legislador alemán y haber trascendido a los artículos 177 y ss. del B. G. B., que regulan esta materia, no sólo por lo que de tales preceptos se trasluce, sino por cuanto aparece en la Exposición de Motivos de dicho Código (80).

El siguiente hito importante en el desarrollo y afianzamiento de esta teoría es Oertmann; y curiosamente, también este autor llega a nuestro campo indirectamente, a través de una obra de índole más general relacionada con la teoría general del negocio jurídico: «Die Rechtsbedingung (conditio iuris)», Leipzig, 1924. Se ocupa Oertmann de aquellos casos en que en los negocios de formación sucesiva la plena eficacia de los mismo depende de una circunstancia ulterior; recorre la doctrina que ha estudiado ese tema, y concluye que no siempre ese hecho o circunstancia de que depende aquella eficacia es parte del estado de hecho («Tatbestand» o «Tatbestandsstücke») constitutivo del propio negocio.

A partir de aquí viene su aportación constructiva, distinguiendo los elementos constitutivos del negocio de los que llama presupuestos o requisitos de eficacia, que en realidad no pertenecen al estado de hecho negocial; la falta de estos últimos no hace incompleto el negocio, sino que sólo impide que produzca efectos. Los requisitos o presupuestos de eficacia, en los que centra luego su atención, son todos aquellos estados de hecho o de derecho que la ley requiere para la eficacia del negocio: tal, la capacidad jurídica en el contratante, que es un estado de derecho de la persona que exige la ley, y por tanto, un presupuesto o requisito de eficacia del negocio, y que no es, sin embargo, elemento constitutivo del mismo, con los que no se puede confundir. Otros requisitos de eficacia son el poder y la ratificación, pues tanto pueden preceder como ser posteriores al negocio en cuestión. Luego enlaza con todo eso su concepto de la «conditio iuris», como presupuesto de eficacia del negocio exigido por la ley (para distinguirlo de la condición pura o simple) inexistente en el momento de la conclusión del negocio, pero que puede sobrevenir después válidamente por previsión legal. «Conditio iuris» es, así, para Oertmann la ratificación (que no el poder), en cuanto requisito de eficacia, no elemento constitutivo, posterior a la celebración del contrato, a cuyo acaecimiento por exigencia legal queda subordinada la eficacia del negocio; y éste, el del *falsus procurator*, desde antes de la ratificación es completo para este autor en cuanto que tiene todos sus elementos constitutivos; completo pero ineficaz; y la ratificación incide sobre el «sí» de los efectos, pero no sobre el centro causal del negocio (81).

No cabe duda de que de todas las vistas en este grupo de teorías, es la de Oertmann la más elaborada y mejor construida. Tiene el defecto, entre otros (pero menos comprensible en su época y a aquella altura de

LEONHARD, «Der allgemeine Teil des BGB». Berlín, 1900, p. 326; RENNERT, «Die vollmachtlose Stellvertretung» (citado por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 11).

(80) «La ratificación es la condición legal para la eficacia del contrato» («Die Genehmigung ist die Gesetzbedingung für die Wirksamkeit des Vertrages»), en *Motive zu dem Entwurfe eines B G B für das Deutsches Reich*, Be lin-Leipzig, 1888, I, p. 241 (citado por F. ROMANO, «La ratifica...», cit., p. 53, nota 6).

(81) «Die Rechtsbedingung», p. 18.

la evolución doctrinal) de haber montado su construcción sobre la idea del «poder de representación» como «cualidad jurídica de una persona» (semejante a la capacidad jurídica de obrar, asimilados ambos para Oertmann incluso en que ninguno de ellos es elemento constitutivo del negocio), cuando era ya muy discutida esa idea y concepción del poder de representación tras la dura crítica de Schlossmann, la cual, aunque llegó demasiado lejos en algunos puntos, tuvo la virtud de someter a revisión no pocos temas tenidos antes por axiomáticos en esta materia (82). Pero los males, los defectos de esta teoría no se limitan a esa cuestión ni a Oertmann, sino que son más graves, y las críticas provienen de antes ya.

Mitteis fue su primero y más duro crítico. En materia de negocio representativo, como es ésta, parte Mitteis de su propia y conocida idea de la representación y de la participación que para él tiene el *dominus* en esa clase de negocios (posición contraria a la de Zimmermann, que sigue en este punto la llamada «teoría de la representación»). Observa que en el negocio del *falsus procurator* falta la voluntad o consentimiento del principal, cuya participación volitiva en el negocio representativo es fundamental para él. No puede ser, por tanto, completo y perfecto aquel negocio: falta la voluntad de una de las partes negociales; la ratificación, expresión de ese consentimiento, no puede ser un elemento accesorio de aquel negocio, equiparable a una condición: no es requisito de eficacia, sino requisito de existencia del negocio. El negocio condicional —añade— lleva incorporada ya la voluntad de las partes, y sólo su eficacia se halla condicionada, mas ello ya está previsto por la propia voluntad negocial, completa en cuanto a ese elemento. En el negocio del falso representante, insiste Mitteis, falta la voluntad de una de las partes, del principal: no puede ser negocio perfecto o completo (83).

Sin el tono polémico de Mitteis, sin criticarla directamente, Windscheid asestó con su autoridad un duro golpe a esta teoría. Antes de la ratificación, dice Windscheid, el negocio está pendiente, «su eficacia jurídica no le es negada, sino que está suspendida»; «ese negocio no es inválido: se encuentra en posición semejante a la del negocio jurídico condicionado; pero no se puede decir que sea un negocio condicionado: lo que le falta todavía no es una cosa externa, sino la voluntad de aquel respecto del que debe constituirse la relación jurídica» (84). Para Windscheid ese negocio antes de la ratificación se halla en una situación especial: no es inválido, pero su defecto afecta a la estructura esencial del negocio; no es perfecto, o completo, porque le falta algo que no es externo, sino intrínsecamente constitutivo, la voluntad,

(82) SCHLOSSMANN, «Die Lehre von der Stellvertretung», t. I (Leipzig, 1900), p. 235-238; obra ésta no siempre asequible, puede verse la crítica de este autor a la concepción del poder como «cualidad jurídica de la persona», y una crítica de los excesos de SCHLOSSMANN, en GRAZIANI, op. loc. cit., p. 14 y ss., y SAGGESE, op. cit., p. 239-240; a su vez, una crítica de éste en cuanto crítico de OERTMANN, en F. ROMANO, op. cit., p. 71, nota 50.

(83) «Die Lehre von der Stellvertretung», Viena, 1885, p. 206 y ss.

(84) WINDSCHEID, «Pandette», trad. y notas de FADDA y BENSA, § 74 (Declaración de voluntad por medio de otro), t. I, p. 230-231, texto y nota 4.

y sin embargo tal defecto sólo acarrea ineficacia, pero no invalidez (85); se parece al negocio condicional, pero no lo es. Ello ha permitido que la autoridad de Windscheid haya podido ser invocada por más de un autor de los situados en la línea ahora criticada (86), en apoyo de sus tesis, justamente con cita de las mismas palabras que ahora traigo a colación «in sede critica», de las cuales y a nuestros efectos me permito subrayar nuevamente aquellas en que se refiere a que lo que falta a ese negocio no es cosa externa al mismo, sino la voluntad de aquel para quien se constituye o va a ser titular de la relación jurídica buscada. Por lo demás, Windscheid suele ser alineado entre los autores que consideran nuestro negocio como en estado de pendencia, situación que el gran pandecista no aclara mucho y de la que sólo dice que es parecida, pero no igual a la del negocio condicionado (87).

Creemos, a modo de conclusión, que tampoco esta teoría puede resistir una crítica a fondo, con una óptica más actual que la de los autores que acabo de citar, y desde la perspectiva de la moderna doctrina del negocio jurídico (88). Y entiendo que el principal fallo de la tesis ahora comentada no está tanto en hablar de negocio condicionado, de eficacia sometida a condición, o de «*conditio iuris*» referida a la ratificación, cuanto en considerar perfecto y completo como negocio el del falso representante. Desde luego, creo que la ratificación no es, no puede ser, condición propia ni impropia («*conditio iuris*»): ésta incide sobre negocio acabado estructuralmente, es algo externo al mismo, como hemos visto aludido por otros con reiteración; afecta sólo a la eficacia, no al consentimiento. El negocio condicionado es válido desde que se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición; lo pendiente de ésta es sólo la eficacia. Sin embargo, al negocio antes de la ratificación le falta el consentimiento de una de las partes, de aquella que va a sufrir o recibir sus efectos; es consentimiento, voluntad contractual nada menos, lo que le falta antes de ser ratificado, como veremos luego con más detenimiento.

(85) No se olvide que para WINDSCHEID la ineficacia, que él distingue claramente de la invalidez, es una especie de paralización de la potencia del negocio; y cita como ejemplo de ineficacia precisamente el caso del negocio del *falsus procurator* antes de la ratificación.

(86) Por ejemplo, el propio ZIMMERMANN, op. cit., p. 153.

(87) No dista mucho de esa posición la de MITTEIS, que también habla de efectos jurídicos pendientes para el *dominus* y de relación jurídica ya fundada, pero aún pendiente y que se perfecciona con la ratificación (op. cit., p. 220 y ss.).

(88) Sin compartir esta teoría, que él mismo critica, atribuye ROMANO (op. cit., p. 68 y ss.) sus principales defectos a razones metodológicas y de encuadramiento del problema, amén del marco de evolución doctrinal y del momento en que surge aquella teoría, en la que ve también algo de verdad y el haber acertado en algún punto, al resaltar la incidencia de la ratificación en la eficacia del negocio. «Bien mirando, cuando se ve en la ratificación una *conditio iuris*, presupuesto para la eficacia del negocio del no representante, se intuye exactamente algo de verdad, aunque se llegue a ello empleando medios que parecen no adecuados desde un punto de vista técnico, e indudablemente afectos de generalización en su descripción estructural... Inadecuado el medio técnico, particularmente si se le coloca en un movimiento de discusiones doctrinales sobre su exacto alcance y configuración, es exacta la conclusión incluso si ha de precisarse un significado unívoco del término "eficacia"» (p. 72-73).

No tiene, por tanto, ni siquiera validez provisional como el anulable. Es ineficaz, sí, todavía ineficaz, pero eso no quiere decir que esa situación de «aun no eficaz» deba explicarse según otros mecanismos de ineficacia o de aplazamiento del efecto negocial típico: quiero decir que no tiene que ser precisamente un negocio sometido a condición, aunque guarde con él algún parecido —más externo que esencial o intrínseco, por otro lado—.

El punto más débil —debo insistir— está en considerar a nuestro negocio completo y perfecto. Cierto es que quienes tal dicen lo hacen después de haber tomado partido en la cuestión más fundamental en esta materia, como es la de la naturaleza y mecanismo funcional de la representación, y el papel que en ella juega la voluntad del representado, optando por la «teoría de la representación» (caso de Zimmermann, por ejemp.), para la que la única voluntad contractual y determinante en el negocio representativo es la del representante, única parte contractual en ese negocio. Cierto también que para terciar en esta vieja polémica hay que definirse claramente y fundamentar sólidamente la posición que se adopte. En su momento me definiré y justificaré. Baste ahora dejar constancia de que no acepto, no me convence, la llamada «teoría de la representación», ni comparto las ideas de Zimmermann y demás al respecto.

Pero sin perjuicio de volver más adelante sobre ello, hay algo que por ahora parece claro. El negocio no es sino un medio técnico que el ordenamiento jurídico pone a disposición del individuo para regular sus relaciones jurídicas en ese campo llamado de la autonomía de la voluntad, para que los interesados aborden y resuelvan la producción y alcance de los efectos jurídicos por ellos buscados. Protagonistas principales, partes negociales, son los titulares de los intereses afectados por los efectos de aquel medio técnico (89). Sin autorización del titular nadie puede penetrar en su esfera jurídica: es fundamental la voluntad del titular, el consentimiento de la parte negocial. En el negocio del *falsus procurator*, antes de la ratificación, el *dominus*, el titular de los intereses afectados, no ha dado su consentimiento; a ese negocio (o lo que sea) le falta consentimiento, voluntad negocial, que es precisamente lo que lleva el *dominus* con su ratificación. Antes de ésta no podía ser negocio completo, no puede ser perfecto cuando le falta justamente algo esencial, quizá (dejémoslo por ahora en «quizá») lo más esencial del negocio para ser perfecto (y no se olvide que perfecto deriva de «perficere», acabar; perfecto será lo acabado, terminado). Nuestro negocio antes de la ratificación será lo que se quiera, menos perfecto. Su ineficacia le viene precisamente de ser imperfecto, inacabado (90).

(89) Sobre el concepto de parte negocial, vide BETTI, «Teoría general del negocio jurídico», cit., trad. esp., p. 68, quien concluye su idea de parte con estas palabras, bastante significativas a nuestros efectos: «Por ello, en la hipótesis de representación, podrá en este sentido considerarse como parte al representado».

(90) Véase la crítica de SAGGESE, op. cit., p. 236-237, para quien el negocio del *falsus procurator* es imperfecto por entender que es imperfecta e incompleta la manifestación de voluntad de una de las partes antes de la ratificación; y PACCHIONI, op. cit., p. 407-408, que estima que no puede decirse que el negocio antes de la

No obstante las críticas de que ha sido objeto —críticas que no son de ahora precisamente, como hemos visto—, ha ejercido desde siempre gran influencia la teoría de referencia, aunque últimamente con ciertas limitaciones y matices, destacando como constante más valiosa heredad de esa construcción la de considerar nuestro contrato como ineficaz hasta la ratificación, que ya no siempre es calificada de condición o «*conditio iuris*».

Obsérvase que es entre los autores germánicos donde persiste con más fidelidad esa tesis, limadas ya algunas aristas (por ejemplo, la de que el negocio sea perfecto o completo); pienso que no debe ser ajeno a ello el B. G. B., que tomó partido por esta teoría ya desde su Exposición de Motivos. Pueden citarse dentro de esta línea doctrinal Von Thur (91), Enneccerus-Nipperdey (92) y Lehmann (93).

En Italia, salvo casos excepcionales en la doctrina reciente —entre los que sólo conozco C. Varelli y G. de Semo que sigan la línea de Zimmermann y Oertmann en casi toda su pureza (94)—, la mayoría

ratificación esté integralmente concluso para el *dominus*, pues el gestor no quiere obligarse a sí mismo al contenido del negocio, y tampoco puede obligar al *dominus* hasta que obtenga o siga en algún modo su autorización. Sin embargo, la crítica más completa y coherente es la de PUGLIATTI, «Abuso di rappresentanza...», cit., loc. cit., p. 27 y ss.: «el defecto estructural (del negocio del *falsus procurator*) se encuentra en uno de los elementos constitutivos del negocio, en la voluntad de uno de los contrayentes. No se puede decir sin embargo que ese elemento falte totalmente: en ese caso el negocio sería sin duda inexistente. Sólo falta uno de los elementos constitutivos del acto volitivo que debería provenir del representante... El defecto estructural citado constituye un obstáculo lógico insuperable contra la tesis según la cual el negocio llevado a cabo por el representante sin poder sería perfecto y definitivamente completado, y la ratificación influiría sólo sobre su eficacia... Se debe por ello concluir que, desde el punto de vista estructural, el negocio es incompleto... El negocio, pues, existe, pero es defectuoso; y es todavía perfeccionable mediante la ratificación; el defecto no es de tal naturaleza como para conducir a la inexistencia jurídica del acto», «...en el negocio condicionado se puede decir completo (concluido) lo que habíamos denominado ciclo formativo en sentido estricto, puesto que la voluntad de las partes no entra ya en función y la existencia del negocio depende de un evento externo, mientras que la ratificación del negocio ejecutado por el representante sin poder es siempre elemento que forma parte de la estructura del propio negocio» (p. 30).

(91) Para VON THUR, «entretanto que la ratific. se decida, el contrato así celebrado atraviesa por un período de incertidumbre, semejante al de los contratos celebrados por quien no tiene plena capacidad de obrar sin la autorización de su representante («Tratado de las obligaciones», t. I, p. 259, trad. esp., Madrid, 1934). Pero en otro lugar (t. I., p. 107-108), al estudiar el negocio condicional y las *conditiones iuris*, incluye entre éstas a la ratificación del negocio en nombre ajeno.

(92) ENNECCERUS-NIPPERDEY abordan este problema al estudiar el asentimiento a que se refiere el art. 182 del BGB, que si es posterior al contrato del *falsus procurator* es la ratificación; y dicen que «el asentimiento no es una parte del negocio jurídico, sino un requisito de su eficacia (*conditio iuris*)» («Tratado de Derecho Civil», trad. esp. de PÉREZ Y ALGUER, t. I-2.º, p. 397). En el mismo sentido, en la ed. de 1960 del «Allgemeiner Teil des BGB», t. I-2.º, p. 1238.

(93) LEHMANN, «Allgemeiner Teil des BGB», Berlín, 1960, p. 310 (citado por ROMANO, op. cit., p. 53).

(94) Para Carlo VARELLI «la ratificación es un elemento que confiere la eficacia a un negocio ya perfecto en sus elementos constitutivos y permanece extraño al propio negocio, y viene a funcionar como una *conditio iuris* («Inefficacia del contratto concluso del *falsus procurator*», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1952, III, p. 736 y ss. (740). Giorgio DE SEMO, tras rechazar otras posiciones, dice que «el negocio

de los autores aceptan matizada y evolucionadamente sólo las principales ideas de la mencionada teoría, y en alguna ocasión partiendo de bases bien distintas. El denominador común de todos ellos, también aquí, es el de la ineficacia del contrato, sin que ya se atreva apenas nadie a considerarlo perfecto y completo, como otrora.

Auricchio, entre los autores últimamente aludidos, tras centrar su atención en la posibilidad para el tercero de revocar unilateralmente el contrato antes de la ratificación, derecho que él le niega, habla de la existencia jurídica de un vínculo contractual ya desde entonces como presupuesto indeclinable (en cuyo mismo sentido apunta el argumento de la naturaleza contractual del ilícito previsto en el artículo 1.398 Código civil ital., por daños al tercero, que confió sin culpa suya en los poderes del otro y en la validez plena del contrato), y termina pronunciándose por considerar el negocio concluido por el *falsus procurator* como ineficaz en sentido estricto, es decir, sin que afecte a su validez ni comporte nulidad (95).

Messineo ha estudiado detenidamente esta cuestión no sólo en obras de índole general sino en un trabajo dedicado especialmente a nuestro tema (96). Recorre la bibliografía y posiciones más conocidas, critica con particular energía las tesis de la nulidad de este contrato y la de Graziani, y sienta su propia opinión estableciendo que el contrato estipulado por el *falsus procurator* es válido «porque la declaración de voluntad de este último es en sí íntegra (esto es, inmune de vicios), el consentimiento se ha formado y concurren una causa y los otros requisitos (objeto, forma) del artículo 1.325. Lo que pasa es que el contrato no es pertinente (pertenciente) al representado... Pero no hay nada más que eso... La ratificación no añade, en el contrato, nada que fuese indispensable para su perfección» —con lo cual parece deducirse, si no entiendo mal, que para Messineo ese contrato sería perfecto, completo, al modo como lo entendían Zimmermann y compañía, lo que me parece un poco fuerte a estas alturas—. «En espera de la ratificación —continúa Messineo más adelante—, la situación es de suspensión de eficacia, que es provisional, pues la eficacia es siempre posible, precisamente mediante la ratificación, que se presenta

creado por el seudorrepresentante parece, por el contrario, perfecto en todos sus elementos formativos, faltando sólo la legitimación del *falsus procurator*; pero hasta que intervenga la ratificación el negocio está pendiente, puesto que frente al *dominus* no despliega efecto». Adscribe luego tal negocio en «la categoría de los negocios jurídicos inválidos, ineficaces (en sentido estricto) hasta que no se cumpliera una *conditio iuris*, aquí, exactamente, la ratificación del *dominus*», insistiendo más adelante en que ese contrato es «solamente ineficaz frente al *dominus* hasta que no se cumpla la *conditio iuris* de la ratificación» (G. DE SEMO, «La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica», trad. esp. de RODRÍGUEZ DEL BARCO, Madrid, 1961, p. 165-166).

(95) A. AURICCHIO, «L'art. 1.399 Codice civile e il recesso del terzo», *Riv. Dir. Comm.*, 1955, II (enero-febrero), p. 37 y ss. (42).

(96) MESSINEO, «La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente (*falsus procurator*)», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1956, p. 394-418. Las obras de índole general aludidas son su *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, t. I, p. 318 (Milán, 1946); su «Dottrina generale del contratto» (Milán, 1948), p. 157 y 160; y en «Il contratto in genere», vol. I, p. 248 y 251 (Milán, 1973, t. XXI del *Trattato Diritto Civ. e Comm.*, dirigido por él y CICU).

como una especie de virtual razón de eficacia» (97). Estas última palabras nos recuerdan las de otros, bien conocidos, que hablaban de la ratificación como requisito de eficacia, lo que aproxima demasiado a este brillante civilista que es Messineo a la teoría que hemos criticado.

Ruggiero, menos reciente que los otros citados, decía que «el negocio concluido por el gestor o mandatario fuera de los límites de su poder de representación se halla en un estado de pendencia hasta que haya intervenido la ratificación, no pudiendo producir sus efectos ni para el interesado, que no ha tomado parte, ni para el gestor...» (98): contrato, pues, ineficaz, en estado de pendencia, y lo que pende es precisamente su eficacia, de la ratificación. Más modernamente, para Cariota-Ferrara «este negocio es por regla general irrelevante respecto del *dominus* (res inter alios acta...); sin embargo, inter partes no es ni nulo ni anulable; es ineficaz: «pendet»; le falta un requisito legal de eficacia...» (99). Y posición muy similar es la de Santoro-Passarelli, para quien «el negocio que se ha concluido en nombre de otro sin poder de representación no es ni nulo ni anulable... es un negocio ineficaz o, con más precisión, un negocio con eficacia suspendida porque, en todo caso, se atribuye al interesado un derecho de ratificación» (100) (101).

La doctrina francesa, en general, ha adoptado una curiosa posición. en esta materia. Destaca, en primer lugar, el que salvo algún caso muy excepcional y antiguo (Labbé, Murgeaud-Larion, ya conocidos para nosotros), no suele plantearse nuestro problema con la óptica con que lo contemplamos aquí y lo ha estudiado la doctrina alemana e italiana. Sin embargo, el problema está ahí, y en el orden práctico (en cuanto realidad vivencial, y luego, jurídica) no puede ser menos problema. y tema necesitado de estudio y solución jurídica en Francia que en otros países. El «Code» no tiene, empero, un precepto semejante a nuestro artículo 1.259. Por ello, probablemente, las cuestiones relacio-

(97) «La sorte del contratto...», cit., loc. cit., p. 397-398, donde añade luego: «en el fondo, el defecto del poder de representación no puede en modo alguno comportar invalidez, pues opera sobre los efectos y no ya sobre el proceso de formación del contrato». En «Il contratto in genere», citado, dice más escuetamente que «el negocio... no es nulo; solamente está suspendida su eficacia» (t. I, p. 248); y más adelante (p. 251) dice que es «ineficaz, salvo su suerte futura».

(98) RUGGIERO, «Instituciones de Derecho Civil» (trad. esp. de SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid, s/f.), t. I, p. 277.

(99) «Il negozio giuridico nel diritto privato italiano», Nápoles, 1949, p. 663.

(100) «Doctrinas generales del Derecho Civil», trad. esp. de A. LUNA SERRANO, Madrid, 1964, p. 360.

(101) Obsérvese que ya no se habla de negocio perfecto o completo, aunque se niega que sea nulo o anulable; destacan casi todos la ineficacia actual del negocio; la eficacia está suspendida, o pendiente, y en todo caso depende de una ulterior ratificación, que ahora prefiriérese no entrar a calificar si es mero «requisito de eficacia», u. otra cosa. En el mismo sentido, con muy pocas variantes, a veces sólo de palabras, STOLFI, «Negozio giuridico», Padua, 1947, p. 265; BARASSI, «Teoria generale delle obbligazioni», t. II, p. 186 (Milán, 1948); BARBERO, «Sistema istituzionale di diritto privato», t. I, p. 349 (Turín, 1948); y VENDITTI («Sulla ratifica degli atti conclusi dal falsus procurator», en *Arch. Ric. Giur.*, 1950, 1177), y FORTUNATO («Sulla pretesa invalidità del negozio soggetto a ratifica», en *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, 512), citados estos dos últimos por AURICCHIO, op. loc. cit., p. 39, nota 11.

nadas con el contrato del *falsus procurator* son llevadas al terreno del mandato, concretamente al de la situación del mandatario que sobrepasa los límites del poder conferido, y al de la «negotiorum gestio», donde se aborda también el tema de la ratificación, mas todo ello desde un punto de vista práctico y sin preocuparse excesivamente —quizá fuera mejor decir: despreocupándose por completo— de la naturaleza y situación de lo llevado a cabo por el mandatario que se excedió o por el gestor (102).

Sentado lo anterior, y referido al mandatario que sobrepasa los límites de su poder, nuestro problema suele ser resuelto en un sentido que si se parece a alguna de las teorías que estudiamos aquí, es, o podría asimilarse a la de la doctrina italiana últimamente vista. Así, para Aubry-Rau, «les actes juridiques faits au nom du mandataire, mais en dehors des limites du mandat, doivent, à moins de ratification, exprès ou tacite, de la parte de ce dernier, être considérés comme non venus à son égard»; y añade luego, en nota a pie de página, que el mandante no tiene necesidad de atacar tales actos por vía de nulidad: son, dice, respecto del mandante, «res inter alios acta»; sin perjuicio de que el mismo mandante pueda quedar obligado —añade—, según los principios de la «negotiorum gestio», por los actos del mandatario fuera de los límites del mandato (103). En el mismo sentido, Planiol-Ripert-Esmein: «...les actes ainsi accomplis demeurent en principe étrangers au représentant: ils sont de plein droit non venus, res inter alios acta, vis-à-vis de lui» (104).

Sin pretensiones doctrinales, sin dogmatismos, estos autores franceses vienen a decir poco más o menos que los Ruggiero, Cariota-Ferrara y Santoro-Passarelli: que el contrato es irrelevante para el *dominus*, «res inter alios acta», como si no hubiera ocurrido, a menos que sea ratificado; no produce efectos, es ineficaz; y la eficacia le vendrá con la ratificación, que lo convertirá en negocio normal, completo. Con la novedad, que no lo es quizá del todo, de esa reconducción a la «nego-

(102) Sin embargo, ha estudiado la doctrina francesa dos temas que han alcanzado fuera menor importancia o atraído menor atención: la «promesse de portefort», que es la promesa de quien asegura a la contraparte que un tercero del que no es apoderado ratificará el contrato o acto jurídico hecho por cuenta de este último: difiere, pues, del contrato del *falsus procurator* en que en aquel caso el «portefort» asume una obligación propia, de hacer: el lograr que el *dominus* ratifique el contrato, y si no lo consigue, incumple con su obligación, con las consecuencias pertinentes de un incumplimiento contractual; y el «mandato aparente», situación creada por el mandatario que se excede o que continúa actuando como tal después de extinguido el mandato, que en sus relaciones con el tercero de buena fe se ha presentado como mandatario normal: el mandante, según una reiterada jurisprudencia bien elaborada y concebida, preocupada por la seguridad del tráfico jurídico-económico, aplica a aquella situación las normas del mandato incluso hasta quedar obligado el mandante como si estuviera vigente y funcionara normalmente el mandato, habiéndose justificado ello a través de la doctrina de la apariencia jurídica o de la responsabilidad *in eligendo* o *in omitendo* del mandante. Sobre ambas cuestiones puede verse ampliamente en cualquier autor francés y obra general.

(103) AUBRY-RAU-BARTIN, «Cours de Droit Civil français», 5.^a ed., t. VI (París, 1920), § 415, p. 182-183, texto y notas 5 y 6.

(104) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, «Traité pratique de Droit Civil français», t. VI (París, 1952), p. 69, texto y nota 3.

tiorum gestio» de la cita de Aubry-Rau que hemos visto, a la que no estábamos acostumbrados, más por la diferencia de ordenamientos positivos a que se refieren unos y otros, y por la conocida dificultad de deslindar la gestión de negocios ajenos y el contrato del *falsus procurator*, que por cuestiones de principio o divergencias doctrinales.

En cuanto a la doctrina española, suele situarse en línea análoga a la de la doctrina francesa e italiana últimamente citadas, y con alguna discrepancia que veremos en su lugar (105). Para la mayor parte de nuestros civilistas, el contrato del *falsus procurator* (tanto en el caso de carencia de poder, como el de extralimitación, que suelen ir equiparados) se caracteriza por su falta de eficacia: es fundamentalmente negocio ineficaz; a veces, no siempre, se dice poco más de él: ineficacia suspendida, inoponibilidad, y se le distingue sucintamente del negocio nulo y del anulable. Así, De Diego (106) y Espín Cánovas (107), Roca Sastre (108) y Albaladejo (109), o Gullón Ballestero

(105) También aquí hay una constante: la de que la opinión que se adopta suele quedar injustificada, o muy pobremente razonada (en cuanto problema menos simple que lo que pudiera deducirse de tal posición); no es menos cierto —en descargo de ello— que sólo en obras de carácter general suele abordarse.

(106) Contempla DE DIEGO especialmente la situación de los terceros que conocían los límites del mandato, y sin embargo trataron con el representante aun sabiendo que no estaba facultado para aquel acto: «entonces no tienen derecho ni aún a reclamar contra dicho representante; obraron a sabiendas, y a ellos debe imputarse solamente, si no sacan del acto el provecho que esperaban: el acto será ineficaz, y nada pueden reclamar...». «Aun en estos casos, el representado puede aceptar las consecuencias del acto jurídico por medio de la ratificación...» («Curso elemental de Derecho civil español», t. II, p. 727, Madrid, 1923). Leído con detenimiento este autor, parece que nada obsta a extender su posición de «ineficacia» a todo caso de negocio del *falsus procurator*, conozca o no el tercero la falta o insuficiencia del poder.

(107) ESPÍN, *Manual*, t. I (Madrid, 1968), p. 397: «Si una persona actúa en nombre de otra, sin un poder de representación o excediéndose de los límites de éste, el negocio concluido no produce sus efectos inmediatamente para el representado, pero si éste aprueba a posteriori lo hecho por aquél, el negocio se considera como si se hubiera celebrado con representación». Habla ESPÍN de que «no produce sus efectos inmediatamente»; le falta eficacia actual, hasta la ratificación, viene a decir.

(108) En su *Derecho Hipotecario*, t. IV-1.º, p. 255 y ss. (6.º ed., Barcelona, 1968), ROCA SASTRE estudia el caso de la constitución de hipoteca en que el que la otorgue a nombre del dueño de la finca, carezca en absoluto de poder o éste sea insuficiente para ello: «... entonces sería de aplicación la doctrina relativa a los efectos de los actos ineficaces inscritos, sin perjuicio de los efectos sanatorios de la ratificación...» (p. 255). Más adelante, en nota a pie de página (p. 256), dice que «se discute si mientras (la ratificación) no se produzca, el negocio concluido está sujeto a condición, o se halla en suspenso o simplemente le falta una *conditio iuris*»; no se pronuncia, sin embargo, en ese debate. En cambio, en su trabajo «La gestión de negocios ajenos sin mandato», en sus *Estudios de Derecho privado*, en colaboración con PUIG BRUTAU, t. I, p. 449 y ss., estudia y refuta varias teorías ajenas, añade que «el contrato concluido por el gestor a nombre del *dominus*, es un contrato que antes de la ratificación está puesto, ministerio legis, a disposición de dicho *dominus*, por si éste quiere, *ex post facto*, admitirlo como propio» (p. 472); y parece terminar aceptando y haciendo suya la doctrina de la sentencia T. S. de 7 julio 1944 sobre el carácter especial de este negocio, en estado de suspensión, subordinada a una *conditio iuris* (la ratificación), de modo que si ésta se da se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio. Volveremos más adelante sobre esta doctrina.

(109) Para ALBALADEJO (*La representación*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1958,

ros (110), Díez Picazo-Gullón (111) y Lacruz Berdejo (112) entre los más modernos. Unas veces explícita (Albaladejo), otras implícitamente, en todos ellos flota la idea de que ese negocio es válido, pero ineficaz, sin eficacia actual y propia del tipo negocial correspondiente, la cual queda suspendida o condicionada al advenimiento de la ratificación, que convertirá en normal aquel negocio. No hay, por ahora, como vemos, ideas nuevas respecto de las que nos eran conocidas de la dirección doctrinal foránea que vengo comentando.

No me convence la doctrina expresada, nacional y extranjera. Cabría objetarle, en primer lugar, cuanto dije en relación con la calificación de «negocio perfecto, o completo» (aunque no lo apelliden ya así los autores italianos, franceses y españoles mencionados), en cuanto no está muy alejada de ello cuando sigue llamándolo «negocio válido», más o menos abiertamente: no profundo, sin embargo, tales términos. Pero no me satisface, sobre todo, porque me parece deficiente e insuficiente el caracterizar el contrato de *falsus procurator* por su nota de ineficacia, sin más.

Cierto es, efectivamente, que ese negocio no produce sus efectos típicos, no despliega sus naturales consecuencias jurídicas. Que no produce tales efectos (para el *dominus*, para el tercero ni para el falso representante) antes de la ratificación, es cosa que todos reconocen:

p. 793) «si bien no es un contrato nulo ni anulable, sino válido, es sin embargo, ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluido, porque falta el poder, e ineficaz para aquel que lo concluye, porque no lo concluye en su nombre; así, pues, su eficacia se halla suspendida, pendiente de la ratificación; solución ésta prácticamente la más conveniente, porque con ella se deja al interesado la posibilidad de que, si lo estima conveniente, le haga producir efectos, ratificándolo; evitándole también, la necesidad de impugnarlo, si no desea aquellos». En el mismo sentido y con las mismas palabras, en *El negocio jurídico* (Barcelona, 1958, pp. 378-379) y en *Derecho Civil*, t. I (Barcelona, 1970), pp. 628-629.

(110) GULLÓN BALLESTEROS, *El negocio jurídico* (Madrid, 1969), p. 226: «¿En qué situación se halla el negocio sobre el cual ha de recaer la ratificación mientras ésta no se produce? El art. 1.259 lo considera nulo. En realidad, ha de considerarse ineficaz, inoponible, frente al *dominus*: no tiene ninguna necesidad de ejercitar de nulidad».

(111) Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en sus *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I (Madrid, 1973), p. 295, dicen: «El negocio concluido por el representante sin poder, no vincula al principal. Se discute doctrinalmente cuál es la calificación jurídica que merece. Según el art. 1.259 es «nulo», aunque poco después el propio Código admite que el tercero pueda «revocarlo», lo que no se compagina bien con la condena de nulidad. Se ha señalado también que se trata de un contrato anulable, pero en la anulabilidad el negocio sólo deviene ineficaz cuando se ejercita contra él un poder de impugnación. Por ello se ha dicho que las categorías teóricas que expresan mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder son las de irrelevancia o ineficacia relativa, que designan un acto que no produce ninguna clase de efectos en la esfera jurídica de una persona o que no afecta en absoluto a su situación jurídica».

(112) Para LACRUZ BERDEJO, «no se trata en realidad de un contrato anulable, pues de ser así produciría efectos mientras no fuera anulado, ni tampoco de un negocio inexistente (efectivamente, se ha celebrado), o de un negocio nulo (ya que concurren en él los requisitos esenciales), sino, precisamente, de un negocio ineficaz en orden a la producción de sus efectos típicos, pero que puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se contrató» (*Elementos de Derecho Civil*, t. I, p. 283; Barcelona, 1974).

es en lo único en lo que están de acuerdo todos los autores, todas las teorías. Pero ello es decir muy poco, pues «ineficacia» es término muy general y amplio (género, con muchas especies, si la comparación en términos de lógica no aparece inapropiada), e ineficaces son el negocio nulo, el anulable (ya anulado), el rescindible (una vez rescindido)... Hablar de ineficacia solamente es fijarse en lo exterior, en las consecuencias, desconociendo todavía las razones de ello y el mecanismo jurídico de ese estado, que de esa manera sólo queda caracterizado por lo negativo, por lo que no es (no eficaz, no productor de efectos), y no por lo positivo, por lo que realmente es (113).

¿Por qué es ineficaz nuestro negocio? ¿por qué no le afecta al *dominus*? ¿Es nulo (y por ello no produce efectos)?; ¿es inexistente (y por ello puede ignorarlo el *dominus*)?; ¿está todavía en fase de elaboración, imperfecto por no terminado (y por eso no produce todavía sus efectos típicos)? Caben varias más preguntas en esa misma dirección. De algunas ya hemos visto cuán errónea parece su explicación: así, las teorías que justifican aquella ineficacia por vía de nulidad, inexistencia, anulabilidad... De la viabilidad de otras teorías y explicaciones, luego veremos. Por lo demás, y volviendo a la criticada teoría de la ineficacia, sigue dejando incontestada nuestra pregunta principal: ¿cual sea la causa, el mecanismo jurídico, la razón de ser de esa situación, de aquella no producción de efectos de algo que parece, en principio, un verdadero negocio, a contribución del cual han puesto un consentimiento no viciado dos personas, tiene un objeto y una causa reconocidos y válidos para el Derecho, se le ha dado una forma idónea... Y sin embargo, es ineficaz... Si objeto fundamental de la ciencia, según entiendo, es precisamente eso: conocer las causas profundas de los fenómenos, aunque sean jurídicos, al menos cuando éstos puedan tener una explicación racional dentro de un contexto general, en un sistema formal determinado..., creo que es bien poca contribución a nuestra Ciencia jurídica la de aquella teoría que deja irresuelto nuestro principal problema.

(113) Ineficaz, decíamos, es el negocio nulo, y el anulable... Pero de éstos sabemos que no producen efectos porque hay un vicio de consentimiento, o inexistencia o ilicitud de la causa, o defecto de capacidad...; e ineficaz también (ineficacia actual) es el negocio sometido a condición todavía incumplida, o a término; y lo es el del *falsus procurator* también. Sin embargo, su situación e ineficacia respectivas, la causa de ésta, es completamente distinta en cada uno de esos casos. De los primeros es explicable, y explicada racionalmente. Pero del negocio del representante sin poder nada dice a ese respecto la teoría que sólo lo caracteriza por su ineficacia. Algunos intentan concretar un poco más hablando de «ineficacia relativa», «inopinabilidad», *res inter alios acta* respecto del *dominus*. Insuficiente todavía, creo yo. Se están refiriendo sólo al aspecto funcional, a la «ajenidad» de ese negocio respecto de cierta persona: de acuerdo, cierto también, pero sigue sin encontrarse lo más importante: la causa de aquella ineficacia, que se halla en lo estructural (que o pasa desapercibido, o es confundido con lo funcional).

Grupo C) Teoría llamada «de la oferta»

Tengo dicho antes de ahora cuán íntimamente relacionada se halla nuestra materia y preocupaciones con la problemática toda de la teoría general del negocio jurídico, y cuánto ha influido la evolución de ésta, sus conquistas y vaivenes, en la elaboración sucesiva y evolucionada también de la doctrina sobre la naturaleza del negocio del *falsus procurator*. Estamos precisamente ahora ante una nuestra evidente y muy luminosa de ello.

La doctrina de la representación, anclada todavía en la teoría general del negocio jurídico, tiene planteado desde el primer momento de su discurrir científico un gran problema: el de la participación que tenga y papel que juegue el representado, o su voluntad, en el negocio representativo y en la mecánica funcional de ese negocio. Dos soluciones fundamentales (dentro de una visión simplista y simplificadora buscada ahora de propósito) se han presentado: la que entiende que el *dominus* es protagonista eminente del negocio representativo (Savigny: el representante es un «nuncius» del *dominus*, mero portador de su voluntad; Mitteis: representante y representado cooperan conjuntamente, cada uno con su voluntad, a la producción del negocio representativo); y la que estima que sólo la voluntad del representante es verdadera voluntad negocial y alma del negocio representativo (además de la del tercero, en los negocios bilaterales, obviamente), quedando atrás la del representado, cuya participación terminó en el apoderamiento, que queda desconectado ya del negocio representativo propiamente dicho.

Pues bien: esas dos direcciones tienen una clara expresión y paralelo en nuestro campo. Y así, las teorías vistas en el grupo anterior, para las que el negocio está completo y perfecto antes de que el representado o *dominus* dé su asentimiento, manifieste su voluntad negocial con la ratificación (ratificación o voluntad que no son elemento estructural del negocio, sino elemento exterior que sólo condiciona su eficacia: recuérdese todo lo dicho), reflejan en nuestro terreno la concepción que de la representación tiene la denominada «teoría de la representación» —segunda de las apuntadas antes—, de la que es importante defensor Zimmermann, como veíamos. Muestra clara de la otra concepción de la representación —para la que la voluntad del representado es importante, decisiva e imprescindible en el negocio representativo—, son aquellas doctrinas que estiman que la ratificación del *dominus* es elemento esencial (estructural, como dicen otros), del negocio del *falsus procurator*, y este negocio no llega a ser tal propiamente hasta que se incorpora al mismo la voluntad del *dominus*, verdadera voluntad negocial, no elemento externo.

En esta última línea se encuentran dos teorías, relativamente próximas entre sí gracias al hilo conductor de aquella concepción de la representación, punto de partida previo: la teoría llamada de la «oferta», que ahora vamos a estudiar, y la teoría que ve en la actuación del *falsus procurator* un negocio inacabado, un negocio de formación suce-

siva al que antes de la ratificación falta todavía un valioso elemento o una parte del «*iter*» negocial iniciado e inconcluso todavía (114). El haber colocado en este lugar de mi personal clasificación de todas las teorías a la de la oferta —frente a lo que es habitual, casi siempre precediendo a las otras, por considerarla demasiado simplista y errónea, fácil para ser rechazada inmediatamente—, se debe precisamente a la proximidad entre las dos que acabo de esbozar, y desarrollaré seguidamente, una detrás de otra.

Al hablar de la teoría de la oferta suele invocarse en primer lugar a Wächter (115) como su creador o primer formulador. Para este autor, el problema se reconduce al tema de la conclusión del negocio entre ausentes: en realidad, dice, el tercero al tratar con el representante sin poder no hace otra cosa que transmitir por medio de éste una oferta contractual al *dominus*, cuya ratificación de lo hecho por el *falsus procurator* no será sino la aceptación de aquella oferta. Mientras llega la aceptación (ratificación) ningún vínculo jurídico hay entre las partes, como no la hay en la fase de oferta y aceptación del contrato normal, porque hasta que llega el concurso de voluntades oferta-aceptación no hay propiamente contrato. Consecuencia de todo ello —consecuencia muy importante, por donde le han venido las más duras críticas a esta teoría— es que, en defecto de contrato y de vinculación, tanto el tercero como el falso representante pueden revocar, dejar sin efecto su acuerdo, en tanto el *dominus* no haya «aceptado» la «oferta del tercero».

Pero donde esta teoría adquiere cierta altura, en cuanto que hay una justificación, una construcción razonada, y de otro lado intenta limar asperezas (cualquiera que sea su éxito), es de Ruhstrat, que dedicó un interesante trabajo a la representación sin poder (116). Parte Ruhstrat del concepto que da Windscheid de negocio jurídico, para el que exige el concurso de dos declaraciones de voluntad, y al examinar tal exigencia en el contrato del *falsus procurator* observa que ello no se verifica, ya que para él es decisiva la voluntad del *dominus*; por tanto, dice, no puede hablarse todavía de negocio, no hay negocio terminado (117). La otra idea fundamental para Ruhstrat, íntimamente relacionada con la doctrina de la representación, es la de que la obligación debe fundarse sobre la voluntad de quien queda vinculado, es decir, que no puede quedar afectada la esfera jurídica de nadie sin el consentimiento del titular (118).

(114) Véase sobre esto las breves y luminosas consideraciones de GRAZIANI, op. loc. cit., pp. 21-22, y cómo construye luego él mismo su propia teoría apoyándose en sus ideas sobre la representación (p. 23 y ss.).

(115) WÄCHTER, *Handbuch des württembergischen Privatrechts*, t. II (Stuttgart, 1842), pp. 681-682.

(116) RUSSTRAT, «Ueber Stellvertretung ohne Vollmacht», en *Jahrbücher für die Dogmatik*, X (1871), p. 208 y ss.

(117) «Das Geschäft ist gar nicht als abgeschlossen zu betrachten», dice (op. loc. cit., p. 211). Véase también pág. 212.

(118) Op. loc. cit., p. 215. Ello quiere decir que en materia de representación no puede quedar afectado el representado sin su voluntad; y en nuestro caso, en

A partir de ahí, la preocupación de RUSHRAT se orienta en el sentido de calificar, explicar jurídicamente qué es, o en qué estado se encuentra, eso que han llevado a cabo el representante sin poder y el tercero antes de la ratificación, es decir, antes de que haya negocio propiamente dicho. Y él lo explica según el mecanismo de la fase preparatoria del contrato: lo preparado por el representante sin poder con el tercero, sólo puede ser considerado como una oferta del tercero al *dominus*, la cual se convierte en negocio jurídico con la aceptación del *dominus* (119). Lo que le falta, pues, a aquella situación de oferta es la aceptación: he ahí lo que es la ratificación para RUSHRAT, la cual, de otro lado, en este autor no es algo externo al negocio, sino parte de él.

Consciente RUSHRAT de lo lúbil de la situación de ese «quid» jurídico creado entre el falso representante y el tercero antes de la ratificación, que en defecto de vínculo les permite revocarlo sin más, punto débil por donde habían llegado las peores críticas a WÄCHTER, intentó atenuarlo o corregirlo. De un lado, admite que tercero y representante puedan obligarse recíprocamente, por convención o pacto especial añadido al negocio, a no revocarlo hasta que el *dominus* ratifique o rechace el negocio que se le ofrece, la «oferta» (para RUSHRAT) que se le hace. De otro lado, distingue entre gestor o representante patrimonial (que tiene frente al *dominus* una posición semejante a la del mandatario) y gestor especial (que sólo queda obligado frente al *dominus* cuando haya ratificación): de ambos, únicamente el gesto especial puede liberar al tercero del negocio concluido en nombre y para el *dominus*; el otro no puede liberarlo (120).

No obstante ese intento y esfuerzo de RUSHRAT por apuntalar y mejorar su teoría, no ha logrado imponerse, y las críticas han sido duras. Ya ZIMMERMANN (121) objetó desde el primer momento que con esa forma de plantear las cosas, quedaba alterada, invertida, la posición jurídica del representante, del representado y del tercero, pues si la función del *falsus procurator* es la de transmitir al *dominus* la oferta del tercero, se ha convertido en un simple nuncius de éste, en lugar de actuar en nombre del y para el *dominus*, como pretendía; y el tercero se convierte así en una especie de representado, y el *dominus*, a quien se hace la oferta, una especie de tercero. Para PACCHIONI, no es aceptable el principio sobre el que se funda esta teoría, que de aceptarla comportaría el hacer salir a la gestión basada en la ratificación de la esfera de la representación (122).

Este último autor critica también, y rechaza aquellos temperamentos (como él llama) o atenuaciones introducidas por RUSHRAT para hacer más viable su teoría, por creerlos ineficaces. La convención o pacto es-

defecto de poder suficiente y anterior, ese consentimiento tiene que llegar después para que haya negocio, contrato: antes de tal consentimiento (ratificación) no lo hay todavía; de ahí la consecuencia a que llega RUSHRAT, a que se hace referencia en la nota anterior

(119) Op. cit., p. 216.

(120) Op. loc. cit., p. 223.

(121) Op. cit., p. 150. En el mismo sentido, MONROY, op. cit., p. 44. (citado por PACCHIONI, op. cit., p. 402).

(122) Op. cit., p. 401 y ss.

pecial de no revocación —dice— normalmente no vendrá incluida en el contrato preparado para el *dominus*: ¿qué especial interés podrían tener gestor y tercero en tutelar de tal modo al *dominus*? Sería preciso en todo caso, añade, admitir que ese pacto acompañase tácitamente siempre al negocio representativo; pero aún en esa hipótesis, nadie podría negar a ellos mismos el derecho de anular explícitamente ese pacto, con lo que su eficacia sería completamente ilusoria. Y en cuanto a la distinción entre gestor patrimonial y especial, la considera inaceptable, artificial y sin fundamento.

Para Saggese, en esta teoría, la posición del tercero es la más libre que se puede imaginar, y fácil para frustrar la función de esta forma de representación, pues mientras el representante ha tenido intención de vincularlo, en alguna forma, a la voluntad del *dominus*, tal intención podrá quedar frustrada por el tercero, quien podrá hacerlo fácilmente en cuanto convenga a sus intereses por cambio de situación de mercado, por ejemplo, durante la interinidad, hasta la «aceptación» de la «oferta» (123).

En la misma línea, Pugliatti rechaza también, inmediatamente, la tesis de Wächter y Ruhstrat: no es concebible —dice— una oferta al representado proveniente de dos sujetos: el tercero y el representante (que no sólo no tiene interés en el asunto, sino que actúa en nombre y en interés del propio representado); ni se explicaría con esa teoría la representación en los negocios unilaterales llevados a cabo en nombre del representado, y menos aún la llamada representación pasiva, ni se explicaría la representación en los actos jurídicos en sentido estricto... (124).

Más recientemente, F. Romano ha criticado igualmente la teoría de la oferta, tanto en los principios básicos que la sustentan, como en su desarrollo y en sus conclusiones. Hace suyas las palabras de Zimmermann sobre la distorsión a que esa teoría somete toda la figura y el papel de sus protagonistas, y subraya, sobre todo, la falta de fundamento que tiene la relación que la teoría de la oferta ve entre representante sin poder y tercero, «ni siquiera si esta relación se manifiesta en la instauración de una relación por la cual el sujeto aparece como nuncius, ya que esa posición debe ser de alguna forma creada, y la relación fundada jurídicamente» (125).

Por mi parte, tampoco puedo aceptar esta teoría, que tiene ciertamente errores de bulto: creo que son los principales la grave confusión de términos en el juego de posiciones de esos tres personajes dentro del mecanismo del negocio representativo (con lo que yo también podría suscribir cuanto dice Zimmermann al respecto), y el dejar reducido nuestro negocio al estadio de simple oferta, sin ninguna vinculación (pues si es sólo oferta, a nada vincula), cuando es obvio que, aunque no sea todavía auténtico negocio lo que han llevado a cabo *falsus procurator* y tercero, es en todo caso más que oferta, ya que están perfilados, discutidos, concertados tras un proceso formal al menos de oferta-

(123) Op. cit., p. 234.

(124) «Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi», loc. cit., p. 27.

(125) «La ratifica...», cit., p. 25.

aceptación (entre pseudorrepresentante y tercero) las posiciones subjetivas, el objeto, la causa, el contenido efectual, y a veces hay hasta una forma solemne que ha plasmado todo lo anterior, amén de ciertos efectos menores y cierta vinculación a que en su momento me referiré.

Pienso, sin embargo, que no todo es negativo o rechazable en esa teoría, y cuando lo habitual es deshacerse en críticas y recriminaciones, vale la pena pararse un poco ante lo positivo y valioso. En mi opinión, tiene en su haber la teoría comentada el destacar razonadamente que no hay todavía negocio correcto o completo, que no está recorrido todavía todo el camino negocial, cuyo resultado es el pretendido negocio, y que la voluntad del *dominus* no es algo exterior, aditamento no esencial, sino elemento imprescindible, orgánico y estructural sin el cual el negocio no es lo que se pretende que sea.

Sea por estas bondades, o quizá por lo sugestivo y nuevo que pudiera parecer en su momento, no deja de sorprender un tanto el que teoría tan denostada por otros encontrara tan (relativamente) amplio eco a distintos niveles, desde pandectistas de la talla de Regelsberger, Hölder o Bekker hasta nonografistas del tema (Hellmann, Tartufari en algún momento) y mercantilistas como Vivante (126).

D) *Teorías que califican a «nuestro» negocio como imperfecto, incompleto o en vías de formación.*

Un estadio más avanzado en la evolución progresiva de aquella doctrina que se ha preocupado por la naturaleza y situación del negocio del *falsus procurator*, teoría distinta y bien diferenciada de la anterior, con la que guarda, sin embargo, cierta relación en su punto de partida y en su principal consecuencia (127), es la que considera aquel negocio como una entidad jurídica inacabada, como negocio imperfecto, incompleto —en oposición esencial a aquella otra que lo veía como perfecto y completo, aunque ineficaz—, parte solamente de un «iter» negocial al que falta aún el consentimiento del *dominus*, que es precisamente la ratificación.

Graziani es el padre y mejor formulador de esta teoría, que presentó en su trabajo «La rappresentanza senza procura», publicado en 1927, al

(126) REGELSDERGER, «Civilrechtliche Erörterungen», t. I (Weimar, 1968), p. 89; HOLDER, «Zum allgemeinen Theile des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich», en *Archiv civ. Praxis*, 73 (1888), p. 122 y ss. (citado por ROMANO, op. cit., p. 22); BEKKER, «System des heutigen Pandektenrechts», t. II (Weimar, 1889), § 107, p. 221; HELLMANN, «Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften», Munich, 1882 (especialmente p. 124 y ss.); TARTUFARI, «Dei contratti a favore di terzi», Verona, 1889, p. 292 y ss. (donde construye o explica nuestra figura según la mecánica del contrato a favor del tercero; sin embargo, este autor abandonó la teoría de la oferta en una obra posterior dedicada a la representación: «Della rappresentanza nella conclusione dei contratti in Diritto civile e commerciale», Turín, 1892, pp. 114 y 417 y ss.); VIVANTE, «Trattato di Diritto commerciale», t. I (Milán, 1929), p. 283 y ss.

(127) Tienen en común, fundamentalmente, el dar importancia decisiva de consentimiento contractual a la voluntad del *dominus*, y considerar esa figura como negocio en formación. Véase el comentario que en el mismo sentido hace GRAZIANI, «La rappresentanza senza procura», loc. cit., p. 26, nota 49.

que me he referido ya antes de ahora. Después ha sido aceptada por otros autores, a veces con matices o cambios terminológicos, e incluso por la jurisprudencia italiana.

Tras examinar Graziani las otras teorías, antes de abordar su propia posición hace observar la influencia que ha ejercido en aquéllos el punto de vista que se adopte dentro de la doctrina de la representación, y achaca a ciertas teorías un defecto de método y de enfoque al estudiar nuestros problemas. «No puede construirse, ciertamente —dice (128)—, una teoría de la representación, y encajar a la fuerza después dentro de ella el fenómeno de la representación sin poder: antes al contrario, uno de los elementos que es preciso tener en cuenta para construir una verdadera teoría de la representación es precisamente el proporcionado por la institución que examinamos (la representación sin poder)». Deja luego sentado que en el negocio del representante no apoderado, ratificado por el *dominus*, interviene la voluntad de ambos; y no le cabe duda de que «es la voluntad del representante la única que determina el contenido del negocio, y que la voluntad del ratificante, se dirige exclusivamente a la apropiación de los resultados de la acción del representante».

Hace luego Graziani referencia a otros autores y posiciones acerca del juego de voluntades que intervienen en el negocio representativo, y toma él también posición: «no puede negarse que el sujeto que lleva a cabo un negocio despliega su voluntad en una doble dirección: de un lado mirando a la determinación del contenido del negocio y al alcance de los correspondientes efectos, y de otro, a convertirse él mismo en titular del negocio». «Esa doble dirección de la voluntad debe existir siempre para que pueda haber negocio, ya lleve a cabo el negocio directamente el titular, ya se realice por medio de representante» (129). Referido todo eso al negocio representativo, constata Graziani que en él no toda la voluntad negocial es voluntad del representante, sino sólo la voluntad en cuanto dirigida a la determinación del contenido del negocio; la voluntad en cuanto dirigida a vincular el negocio al titular no puede ser sino voluntad del propio titular. Hay, pues, según este autor, una cooperación de la voluntad del presentante y del representado en la formación del negocio representativo, y ambas son necesarias: una, la del representante, dirigida a determinar el contenido del negocio, y la otra, dirigida a vincular el negocio al titular, es la del representado (y exclusivamente suya), en forma de poder o de ratificación.

Con tales premisas, la construcción de Graziani tiene una conclusión lógica y evidente: la ratificación, que es el elemento voluntad del representado o titular para quien va dirigido el negocio, es un elemento constitutivo del negocio representativo; luego entonces «el negocio, antes de la ratificación, no es ni negocio perfecto ni nulo, sino un negocio en vía de formación». «Se está en presencia de un caso de formación sucesiva del negocio jurídico —añade— (130). Nada impide calificar

(128) Op. loc. cit., p. 22.

(129) Op. loc. cit., pp. 24 y 25.

al negocio, antes de la ratificación, como un negocio suspendido, o en potencia, pero sólo en el sentido de que estando todavía en vía de formación el propio negocio y habiéndose puesto ya parte de sus elementos constitutivos, es posible que llegado el ulterior elemento constitutivo, el negocio llegue a nacer». En realidad, reconoce este autor, también hay negocio de formación sucesiva (en cuanto que no es de producción instantánea, o simple) cuando el negocio representativo se constituye sobre la base de un poder. En nuestro caso es la propia norma jurídica la que admite el negocio de formación sucesiva a base de ratificación ulterior, gracias a que reconoce y ha sancionado una especie de principio de la indiferencia cronológica en la producción de los elementos constitutivos del negocio a los efectos de su formación por medio de representante (131-132).

Las ideas de Graziani han ejercido gran influencia en Italia, ganándose a no pocos autores y obligando a otros a definirse en relación con esa tesis, para rechazarla razonadamente cuando no era compartida. Entre los que la aceptan plenamente, sin aditamento ni matices nuevos, está Russo de Cerame (133), quien añade por su parte que esta teoría «ha recibido el sufragio de la legislación vigente (Código civil italiano de 1942)», y Giordano (134). También la jurisprudencia italiana se ha

(130) Op. loc. cit., p. 26.

(131) Op. loc. cit., p. 27.

(132) De no haber sido gracias a esa indiferencia cronológica admitida por el ordenamiento en la formación del negocio representativo, si sólo fuera viable éste a base de poder, podría decirse —reconoce GRAZIANI— del negocio del representante sin poder que era nulo, en cuanto que la declaración de voluntad del representante no estaba destinada a producir ningún efecto para el *dominus*, y aunque llegara después la voluntad de éste destinada a apropiarse el negocio preparado para él, sería declaración sin efecto por extemporánea. Pero sancionada aquella indiferencia cronológica, ya no puede hablarse de negocio nulo respecto del *falsus procurator*, como tampoco puede hablarse de negocio nulo a propósito del poder antes de que se produzca el negocio representativo: ni en uno ni en otro caso estamos en presencia de declaraciones negociales d'rigidas a producir un ulterior negocio, sino partes de éste.

(133) «Sulla natura giuridica del negozio posto in essere del falsus procurator», en *Diritto e Giurisprudenza*, 1950, III, 458 y ss., comentando la sentencia del Tribunal de Benevento de 28 junio 1949 que se había pronunciado en el sentido de la nulidad del contrato de constante referencia, tesis que rechaza, analizándola brevemente con otras que ya nos son conocidas. No aporta RUSSO DE CERAME ideas nuevas a las ya vistas de GRAZIANI, aunque insiste en que al contrato del *falsus procurator* «falta todavía la declaración de voluntad del representado, que, a la par de la del representante, es esencial para la conclusión del negocio representativo, en cuanto la una viene a integrar a la otra» (loc. cit., p. 462). Se reitera RUSSO DE CERAME en el mismo sentido en «Ancora sul negozio concluso dal falsus procurator», *Dir. e Giurispr.*, 1951, III, p. 314 y ss.

(134) GIORDANO, «Tradizione e potere di disposizione nel contratto estimatorio», *Riv. Dir. Comm.*, 1949, I, p. 174 y ss., quien tras ciertas consideraciones al respecto, referidas fundamentalmente a la relación entre el poder de disposición (objeto primario de su trabajo) y contrato del *falsus procurator*, concluye: «... el contrato concluido por el representante sin poder no ha nacido muerto, es decir, no es nulo ni anulable; está en vía de formación, porque existe ya un elemento de la relación (*fattispecie*), el cruce o intercambio de las declaraciones, pero no hay todavía una reglamentación de intereses, un precepto concreto, y por ello, no existe jurídicamente un contrato» (p. 189).

hecho eco de esa doctrina, y la ha acogido en numerosas sentencias, a diferentes niveles judiciales (135).

Pero antes de ahora encontró Graziani seguidores más o menos de cerca. En 1933, Saggese apenas difería de aquél, cuando decía que estamos en presencia de un negocio todavía imperfecto (y subrayaba esta última palabra): «el representante, efectivamente —razonaba—, no ha actuado para sí, sino para otro, luego no es parte del negocio; por el contrario, ha actuado precisamente en nombre del *dominus*, pero éste tampoco es parte en el negocio; por el contrario, ha actuado precisamente en nombre del *dominus*, pero éste tampoco es parte en el negocio porque el representante no tenía facultad para obligarlo: de ahí que lo que falta aún a esa relación es precisamente uno de los contratantes, es decir, una de las partes que debe quedar vinculada en la nueva relación jurídica creada». «De otra parte —continúa— el negocio jurídico, tal como queda realizado, no puede decirse inexistente: el vínculo ha surgido, sin duda, y produce todos los efectos de que es capaz en su imperfección; está además completo en todos sus elementos objetivos y accidentales, y únicamente no lo está en los subjetivos: por tanto, la verdad es que el negocio existe, pero está en suspenso y en espera de ser perfeccionado por la voluntad del *dominus* que con su ratificación viene así a perfeccionar y completar también el lado subjetivo de la relación (136).» La idea fundamental, pues, de esta teoría, la de negocio inacabado o imperfecto, la de que falta al negocio del *falsus procurator* un elemento sustancial, la voluntad del *dominus* en cuanto voluntad negocial (y no elemento accidental), están bien claras en Saggese. No habla directamente en el texto de «negocio de formación sucesiva» o «iter negocial», pero sí cita las palabras de Graziani en ese sentido en nota a pie de página, y hasta las acoge (136 bis).

Particularmente interesante a nuestros efectos es la posición de Pugliatti, por su parecido y paralelismo con Graziani, no obstante parecer haberse incubado en su base independientemente, pues aunque el trabajo referente a nuestro tema («Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi») vio la luz en 1936 (137), las ideas básicas sobre las

(135) Ss. Cass. civ. 15 oct. 1947 («el negocio concluido por quien no tenía poder de representar no es ni anulable (por no haber alcanzado nunca existencia resoluble) ni mucho menos nulo insanablemente: está sencillamente en *itinere formativo*, en una condición de vencimiento y en espera de la manifestación de voluntad conclusiva del *dominus*, que se concreta con la ratificación»), 7 abril 1950, 28 noviembre 1958 (en la que se decía que «el negocio representativo llevado a cabo por el representante sin poder, no es inválido ni eficaz, sino un negocio *in itinere* o un negocio de formación sucesiva»; cfr. ROMANO, op. cit., p. 42, nota 67) y 17 octubre 1961.

(136) SAGGESE, «La rappresentanza...», cit., p. 240.

(136 bis) En España sigue con bastante fidelidad la tesis y razonamiento de SAGGESE (en este punto como en otros muchos en esta materia) BONET RAMÓN, quien tras recoger la explicación y conclusiones de aquél con claro sentido aprobativo, dice por su parte y como posición propia: «En conclusión: el negocio existe, sólo *está en suspenso* y en espera de ser perfeccionado por la voluntad del *dominus*, que con ser ratificación viene así a perfeccionar y completar también el lado subjetivo de la relación» (t. XXVI, vol. II del *Código Civil*, de MUCTUS SCAEVOLA, Madrid, 1951, p. 487).

(137) Publicado en *Revista Diritto Commerciale*, vol. XXXIV (1936), p. 1 y ss., y recogido también en los «Studi sulla rappresentanza», de PUGLIATTI (Mi-

que se levantan sus conclusiones datan de otro anterior, de 1927, el mismo año en que Graziani publicaba el suyo de referencia.

Efectivamente, en su trabajo de 1927 (138), al estudiar Pugliatti el acto de disposición, distingue en él dos elementos: facultad o poder de disposición, y manifestación de voluntad; y en cuanto a esta última distingue a su vez «un elemento material, que es la voluntad del contenido, y un elemento formal que es el acto o momento de decisión; la voluntad del contenido constituye la materia de la manifestación volitiva y determina su extensión y alcance; el acto de decisión es el principio genético de la manifestación de voluntad y el vehículo del principio de legitimación emanante de la forma jurídica respecto del acto de disposición» (139). Más adelante relaciona Pugliatti esas ideas con la que él tiene en materia de representación —prácticamente idénticas a las de Graziani—, donde rechaza las teorías más conocidas y se pronuncia en el sentido de que «ambas voluntades (la del representante y la del representado) concurren en el surgir del negocio; pero no en medida cuantitativamente diferente, como sostiene Mitteis, sino con función diversa por naturaleza y por cualidad. El representado —continúa— emite el acto de decisión, y de ahí que su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad negocial...; el representante, por el contrario, aporta la voluntad del contenido, es decir, la materia del acto volitivo negocial...» (140).

Con esos precedentes, con ese bagaje de ideas tan relacionadas con nuestro problema, aborda años después, en 1936, Pugliatti la cuestión de la configuración jurídica de nuestro negocio. Y tras rechazar otras teorías, apunta que «el defecto estructural se encuentra en uno de los elementos constitutivos esenciales del negocio: en la voluntad de uno de los contratantes. No se puede decir, sin embargo, que ese elemento falte totalmente: de ser así el negocio sería, sin duda, inexistente. Sólo falta uno de los elementos constitutivos del acto volitivo que debería provenir del representado: realmente la voluntad del contenido viene aportada por el representante, y falta el acto de decisión del representado. Existe sólo la materia de una de las dos manifestaciones volitivas, y falta aquel elemento (que se puede decir formal) en base al cual se vinculan los efectos jurídicos a la esfera del sujeto del que aquel debe emanar» (141). Notese cuánto nos recuerdan esas palabras a las de Graziani. Pero hay más. Las ideas de éste sobre la indiferencia cronológica en la incorporación de la voluntad del *dominus*, y sobre la forma-

lán, 1965), pp. 261-311. Mis citas de este trabajo serán referidas a su publicación originaria.

(138) «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», aparecido en *Annali dell' Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina*, 1927, y reproducido en los citados «Studi sulla rappresentanza», p. 1 y ss., de donde haré las citas pertinentes, en defecto de la publicación primera.

(139) Op. cit., en «Studi...», p. 8.

(140) Op. loc. cit., p. 23.

(141) «Abuso di rappresentanza...», *Riv. Dir. Comm.*, 1936, pp. 27-28.

ción sucesiva del negocio, no distan mucho de las de Pugliatti (142), quien considera, en fin, que «desde el punto de vista estructural, el negocio es incompleto, inconcluso (*incompiuto*)». «El negocio, pues, existe —añade más adelante—, pero es defectuoso (imperfecto: «*difettoso*»), y todavía es perfeccionable mediante la ratificación: el defecto no es de tal naturaleza como para conducir a la inexistencia jurídica del acto» (143). Y para dejar bien claro su punto de vista, añade luego que «la ratificación del negocio del representante sin poder, es siempre elemento que forma parte de la estructura del propio negocio», para resumir después: «trátase de un negocio en estado de pendencia, con lo que genéricamente se puede aludir al defecto estructural subsanable, y desde el punto de vista funcional, a la actual ineficacia del negocio, o más bien a su irrelevancia (para el representado)» (144).

En nuestro país esta teoría no ha tenido apenas repercusión, como no sea en un autor a que debo hacer especial alusión. Me refiero a Federico de Castro, en quien, no obstante no haber estudiado directamente esta cuestión, que yo sepa (145), me parece haber encontrado cierta alusión e ideas próximas a las ahora comentadas. Efectivamente, al estudiar De Castro la convalidación del negocio nulo, y los supuestos en que cabe, cita como casos de convalidación admitidos: «1. Respecto de los negocios incompletos: a) Casos en que se concede a un extraño al negocio la facultad de convalidarlo, apropiándose del ne-

(142) «El defecto señalado no es tanto como para conducir a la nulidad o a la inexistencia jurídica del negocio. El ciclo productivo, según el orden común, debería considerarse terminado; pero precisamente éste es uno de los casos en que, por el hecho de que existe sólo defecto *en* (no *de*) un elemento esencial, la ley, alterando aquel orden común, extiende el ciclo productivo del negocio, admitiendo su ratificabilidad. Con la denegación o con la concesión de la ratificación, el ciclo productivo del negocio debe considerarse definitivamente concluido; y precisamente a tal evento queda subordinado respectivamente la definitiva cristalización del defecto estructural, o el completarse el esquema del negocio» (op loc. cit., p. 28).

(143) Op. loc. cit., p. 29. Preocupa a PUGLIATTI esta cuestión: que a pesar del defecto importante de que adolece ese negocio, en un elemento esencial, no entraña ello la inexistencia. De ello se ocupa poco antes, cuando dice que no juega aquí el principio general de la lógica jurídica por el cual el negocio estructuralmente incompleto ha de considerarse jurídicamente inexistente si su ciclo productivo puede estimarse acabado. «Esta conclusión se evita en nuestro caso —añade— sólo porque en base a disposición normativa el ciclo productivo del negocio representativo es prolongado más allá del momento conclusivo de cualquier negocio en que no participe representante. La justificación que está en la base de tal disposición excepcional, que altera el orden normal, es doble: a) desde el punto de vista práctico, estando el negocio destinado al representado, el ordenamiento jurídico deja a éste árbitro de la suerte de aquél; b) desde el punto de vista teórico, porque el defecto estructural no consiste en la falta *de* un elemento esencial del negocio, sino sólo en no estar completo (defec o *en* un elemento esencial); así, se puede considerar justificada la aludida alteración en el ciclo productivo del negocio, alteración que hace posible su convalidación».

(144) Op. loc. cit., pp. 30-31.

(145) Ni en sus «Temas de Derecho Civil», al tratar de la representación, ni en su trabajo «El artículo 141 de la Ley hipotecaria» (*Rev. Dcho. Privado*, 1929, p. 417 y ss.), donde estudiaba la problemática de ese artículo sobre «la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante...», ha abordado nuestro problema, no obstante ser ocasiones ambas propicias para haberse pronunciado sobre el tema.

gocio mediante la ratificación (artículos 1.259, 1.727, 1.892, 1.893)» (146). Es decir, para este autor, si no he entendido mal, el negocio ratificable es un negocio incompleto, con lo que si esa breve referencia (quizá «obiter dicta»?): no sé) expresa su posición en esta materia, cabría situarle muy próximo a la teoría y autores a que vengo refiriéndome.

No han faltado tampoco a esta teoría las críticas correspondientes. De Martini la ha impugnado, al igual que a todas las demás que no están de acuerdo con la tesis de la nulidad que con tanta vehemencia ha defendido él; no deja, sin embargo, de reconocer que la de Graziani «es indudablemente más aceptable y lleva a consecuencias menos contradictorias que aquellas a que conduce la tesis de la ineficacia» (147). La crítica de De Martini se conduce en forma de silogismo y con base apriorística. Invalidez y falta de perfeccionamiento o de terminación del negocio se hallan situadas en el mismo plano en cuanto defectos intrínsecos de integridad del supuesto de hecho negocial, pero son categorías jurídicas distintas; de otro lado, el conflicto de intereses (tal como él lo ve: cuando el representante antepone su interés personal al del interesado, situación que el Código italiano sanciona como anulable) y falta de poder son dos grados del mismo defecto de elemento esencial (declaración), el primero simple vicio y el segundo total defecto de ese elemento —dice—. Si conduce a invalidez (anulabilidad) el vicio del elemento «declaración», consistente en el conflicto de intereses, a invalidez debe también llevar la falta de ese elemento, no pudiendo concebirse —concluye— que la irregularidad de un mismo elemento negocial conduzca a «mancato perfezionamento» o a invalidez según que aquella sea más o menos grave (148). Luego la teoría que considera al negocio de constante referencia como imperfecto («mancato perfezionamento»), en cuanto no se adecúa a la conclusión del silogismo planteado, es errónea, viene a decir De Martini.

Parece innecesario esforzarse aquí en replicar a De Martini y a su crítica de la tesis de Graziani, por cuanto ya expuse mi opinión, crítica también, a la construcción e ideas de aquél en su lugar. Baste ahora objetar la pobreza de una impugnación que se basa en un mecanismo lógico cuyas premisas son opiniones personales discutidas y discutibles, y la falta de rigor deductivo en aquel mecanismo, amén de una excesiva literalidad en la interpretación de textos legales en que se funda, no siempre bien elegidos (149).

Messineo observa que aún distinguiendo, cosa no difícil, la nulidad de que habla De Martini y la situación de incompleto o imperfecto que predica Graziani de nuestro contrato, en la práctica no difieren

(146) «El negocio jurídico», Madrid, 1971, p. 485.

(147) «Nullità, annullabilità, inefficacia e mancato perfezionamento del negozio nella rappresentanza senza potere», *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, p. 838.

(148) *Op. loc. cit.*

(149) Para una crítica a fondo de toda la construcción de DE MARTINI, véase MESSINEO, «La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente», citado, *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.*, 1956, p. 401 y ss.

mucho, pues para él también en el segundo caso conduce a la nulidad «en cuanto el defecto de un elemento opera en la misma forma negativa, tanto si el elemento concurre, aunque viciado, cuanto si falta» (150). Insiste, sin embargo, en que no es lo mismo decir que el contrato del *falsus procurator* es nulo, y por tanto definitivamente tal, o que está inacabado, susceptible de perfeccionamiento por medio de la ratificación, como la ley explícitamente permite. Y concluye que la tesis de Graziani es bastante menos distante, en los resultados, de la de la ineficacia (que es la que profesa Messineo), que de la teoría de la nulidad.

Más sutil es la crítica de Francesco Romano, quien sin negarle ciertos aspectos positivos, centra sus objeciones en dos cuestiones: la del método para llegar a las conclusiones a que llega Graziani, y la de la relación que deba haber entre los principios relativos a la esencia de la representación y del negocio jurídico. En el primer punto, frente a la queja de Graziani contra otros de haber construido una teoría de la representación y tratar de encajar en ella el fenómeno de la representación sin poder, objeta Romano el que en la teoría criticada, la ratificación se adapta a una cierta configuración de la representación: no se trata de un proceso reconstructivo —dice— que edifique teniendo en cuenta los materiales disponibles, sino construcción de una entidad de modo que ocupe un lugar o juegue un papel preestablecido. Ello no conduce, en opinión de Romano, a una exacta comprensión de la institución, y deja en la penumbra ciertos aspectos.

Por lo que respecta a la otra cuestión, recrimina Romano a la teoría criticada el que aplique indiscriminadamente los principios negociales propios del ejercicio directo del propio poder al tema y casos de ejercicio indirecto de ese mismo poder, «e qui sta il difetto dell'analisi», dice (151). Estima incorrecta la distinción, y aplicación a nuestro campo, de la voluntad dirigida a determinar el contenido negocial, y la voluntad dirigida a devenir sujeto del negocio, perspectiva que él imputa a la preocupación de utilizar su resultado en una distinción bien precisa, para definir la separabilidad de funciones y distinguir competencias (representante y representado). Para Romano, cuando el ejercicio del poder es directo se expresa en una voluntad unitaria, y en caso de ejercicio indirecto se quiere ejercitar el poder, pero a través de su ejercicio por medio de otro: «aquí la primera voluntad se concreta en un acto con el que se legitima el ejercicio por otro, eficaz en la esfera propia» (152). Con ello reconduce toda esta problemática al campo de la legitimación, como veremos.

Por mi parte, e «in sede critica», debo decir que mi juicio sobre la tesis de Graziani y Pugliatti es ampliamente favorable (153), pues mi

(150) Op. loc. cit., p. 417.

(151) «La duplicidad de sujeto —añade luego («La ratifica...», cit., pp. 42-43)—, la escisión de competencias entre representante y representado, parece influenciar y estimular la búsqueda de una correspondencia y paralela separación en el elemento, intrínsecamente unitario, de la volición».

(152) Loc. cit., p. 44.

(153) Únicamente tengo que «recriminar» a esos autores el haberme echado por tierra lo que yo creía importante hallazgo mío —mi personal explicación o forma de entender toda la cuestión, tan próxima a la suya, como más adelante expon-

opinión personal en esta materia es muy próxima a la suya, tanto en las conclusiones como en el razonamiento y camino que me conduce a ello, incluida mi forma de entender la representación, de todo lo cual hablaré en su momento, lo que me evita extenderme más aquí.

E) *Teoría de la ineficacia del contrato del «falsus procurator» por defecto de legitimación.*

En esta larga evolución doctrinal (que no es, ni pretende ser exhaustiva) sobre la naturaleza del contrato celebrado por representante sin poder suficiente, de la que hemos visto los principales hitos y exponentes, aparece como último estadio, la más reciente manifestación y teoría, la que viene a decir que ese contrato adolece de falta de legitimación privada: el *falsus procurator* no se haya legitimado para disponer de cosas y derechos ajenos, en defecto de poder, por lo que el negocio en que interviene no es eficaz, aunque puede llegar a serlo por un acto de legitimación sucesiva (la ratificación). El más firme y reciente defensor de esta teoría es Francesco Romano, cuya obra, «La ratifica nel Diritto Privato», publicada en 1964, y sus ideas, ya nos son conocidas en parte aun antes de llegar a este lugar.

La idea de legitimación procede del campo procesal, como es bien sabido. Sin embargo, ha hecho fortuna en el Derecho Privado, donde ha sido llevada con más o menos éxito a distintas parcelas, lo que no ha impedido reconocer la gran dificultad que entraña ese concepto, dada su amplitud y las múltiples manifestaciones bajo las que puede presentarse, que impide hacer una construcción de esa categoría jurídica bajo un principio unitario (154). Ello no obstante, esa figura o categoría jurídica, y su concepto, están hoy perfectamente afincados como importante y valiosa, a la par que reciente conquista, en el Derecho Privado, y es ya clásica a este respecto la definición de legitimación dada por Betti como «competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular» (155).

Volviendo a Romano y a su teoría, en cuanto a nosotros interesa, observa este autor, tras una larga introducción preparatoria de su propia posición, que todo efecto jurídico que se verifique legítimamente por medio de un acto, queda ligado causalmente a una posición subjetiva de poder o de derecho; y que frente a la inescindibilidad de la figu-

dre, incluso esa doble dirección de la voluntad: de contenido negocial, y de apropiación de los efectos (GRAZIANI) o acto de decisión (PUGLIATTI), de que hablan éstos— tras mucho meditar sobre todos estos problemas y antes de encontrar los trabajos de aquéllos, que si de un lado me ha satisfecho al respaldar con su autoridad mi posición, de otro me he quedado sin originalidad y compruebo cuán difícil es «inventar» ya nada en nuestro campo del Derecho privado.

(154) Vide F. ROMANO, op. cit., p. 156, y la referencia que hace a CARNELUTTI sobre la «straordinaria difficoltà di indagine» en esta materia y concepto de legitimación. MESSIENO al referirse a la legitimación habla de «categoría no homogénea» («La sorte del contratto stipulato dal rappresentante apparente», *Riv. Trim. Dir. e Proced. Civ.*, 1956, p. 413).

(155) «Teoría general del negocio jurídico», cit., trad. esp., p. 177.

ra o posición subjetiva respecto de su titular, el ejercicio (la actuación jurídica) y por tanto la acción, es aislable, y susceptible de atracción a un ámbito subjetivo diverso: es el principio del ejercicio indirecto del poder (156). «Ello pone de evidencia —dice más adelante (157)— la separación (diferencia) entre una posición sustancial cualificada subjetivamente (poder, derecho); una acción que desarrolla aquella posición, actuada por un sujeto distinto del titular; y una resultancia efectual que se vincula a la esfera del primer sujeto».

Insiste en la separación entre titularidad y ejercicio (de un derecho), que considerado desde el punto de vista del sujeto principal (*dominus*) puede significar un ejercicio indirecto del poder, realizado a través de una sustitución subjetiva, lo que exige estructuralmente una relación particular entre el *dominus* y quien actúa, sobre la que fundar jurídicamente aquella interposición: «è questo il campo dei negozi di legittimazione privata, ove l'assenso, preventivo o succesivo, legittima, subiettivamente, l'esercizio indiretto del potere; obiettivamente, l'interposizione di persona» (158).

Centrado así el problema, y aceptando Romano el concepto de legitimación de Betti, intenta separarla del de capacidad. Frente al aspecto estático de esta última, destaca el dinámico de la legitimación, que afecta al ejercicio, y es un modo de ser de la acción del sujeto (159).

La esencia del concepto de la legitimación —dice más adelante Romano— se contempla en la consideración del «legitimun», es decir, en la adecuación al dato normativo: en síntesis, la legitimación (acción legítima) expresa la regla de la acción y el efectivo adecuarse de la acción a la regla (160). La regla fundamental en tema de legitimación es para Romano la misma que para Betti, y en palabras de éste, que reproduce el primero, consiste en la «identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio (o el sujeto para el que el negocio es realizado) y el sujeto de los intereses» (161); si bien esa regla funciona o se cumple en forma diversa, según que el ejercicio del poder sea directo o indirecto.

Las normas de acción, en la inteligencia anterior, contemplan el nexo poder-resultado, en cuanto contemplan el instrumento inmediato del resultado mismo, es decir, el ejercicio del poder, de tal modo que la inobservancia de aquellas normas repercute sobre el efecto, que falta, y de ahí sobre la eficacia, que no se alcanza (162).

(156) Op. cit., p. 152.

(157) Op. cit., p. 153.

(158) Obra citada, p. 154.

(159) La capacidad —dice textualmente (op. cit., pp. 160-161)— «es una noción estática, de medida; tiene por contenido los poderes, y aparece, en definitiva, como algo «configurado». La legitimación es concepto dinámico y no se materializa en un poder o en un derecho, y así, puede ser separada y distinguida de éstos; afecta al ejercicio, y se sitúa respecto de él como «configurante». La capacidad es una cualidad, un modo de ser del sujeto; la legitimación, y aquí se anticipa un resultado, es un modo de ser de la «acción» del sujeto».

(160) «La legitimidad de la acción (continúa, p. 163)— se traduce en la actuación efectual como resultante causal del ejercicio, y en la atribución de eficacia que sigue al ejercicio legítimamente desarrollado.»

(161) ROMANO, op. cit., p. 164.

(162) Op. cit., p. 167. Todo ello lo contempla, o lo dice ROMANO, en función

Por ese camino, relaciona Romano, como es frecuente en la doctrina moderna, la representación con el tema de la legitimación, viendo en aquella, además de una sustitución subjetiva, un ejercicio indirecto del poder (163). Y sobre tales premisas, y la idea de que el representante sin poder es también y efectivamente representante, llega a las siguientes conclusiones, en lo que a nosotros afecta, y para abreviar: el *falsus procurator*, aunque representante, y por carecer de poder (suficiente), no está legitimado para su acción ni para el ejercicio indirecto de un poder, que no tiene. «El defecto de su legitimación (es decir, de su acción no legítima) se traduce en la falta de eficacia, pero ésta no integra el concepto lógico de representante ni aquél altera el carácter de la acción. La legitimación es un presupuesto para el ejercicio eficaz del poder, pero no debe confundirse obviamente con la sustancia; se puede actuar como representante aún sin estar legitimado para ello, pero el valor de la acción como acción representativa, es decir, directamente eficaz para el representado, depende de la llegada de una legitimación sucesiva» (164).

En resumen: para Romano, el contrato del *falsus procurator* es ineficaz por falta de legitimación privada del mismo; pero ese acto es «recuperable» y deviene eficaz por medio de la ratificación, que es un medio de legitimación sucesiva, que subsana el defecto de legitimación inicial. No se olvide que para este autor hay «equivalencia entre legitimación anterior al ejercicio (o actuación) y legitimación sucesiva, respecto a la legitimidad del resultado» (165).

Las ideas expuestas, muy abreviadamente, por supuesto, de Francesco Romano, no son nuevas ni exclusivas suyas, aunque ha sabido dar a su construcción una solidez y unidad (amén del mucho partido que ha sabido sacar de aquellas ideas) de que carecía en otros autores.

Ya conocemos cómo cierto sector doctrinal reconduce el fenómeno representativo al terreno de la legitimación (166). Desde ese punto

del problema cuya argumentación prepara y cuya solución busca: el de la actuación del representante sin poder, y la ulterior ratificación. En función de todo ello, y con aquel propósito, cita ROMANO, en nota a pie de página y sin más justificación, a CARNELUTTI: «si alguien actúa en nombre de otro sin poder, es el defecto de legitimación lo que explica la ineficacia del acto porque falta la relación cualificante» («Teoria generale del diritto», p. 188).

(163) Véanse las pp. 168-169, fundamentalmente, de la obra citada de ROMANO, y las siguientes a éstas, donde flota la misma idea.

(164) Op. cit., pp. 198-199. Más adelante, refiriéndose a la acción del representante sin poder, añade: «El fenómeno representativo no está completo... Lo que le falta es la referencia normativa del acto al representado, y aún más arriba, la relación del ejercicio con el poder. Esto explica por qué falta la eficacia, pero explica también por qué la ratificación puede operar la recuperación (eficacia) de la acción; el defecto de legitimación denuncia la fractura entre poder y ejercicio, reflejándose en la falta de modificación del ordenamiento o esfera jurídica...» (p. 199).

(165) Op. cit., p. 169.

(166) El más destacado defensor de esa visión de la representación es CARNELUTTI, no sólo en sus obras de Derecho procesal (tal, en su «Sistema di Diritto processuale civile», o «Diritto e processo»), sino en su «Teoria generale del Diritto», Roma, 1951, p. 182 y ss., y en «Legittimazione a comprare», *Riv. Dir. Comm.*, 1935, I, p. 502 y ss. (donde define la legitimación como «idoneidad de una persona para realizar un acto jurídico eficaz por virtud de una relación suya con el bien.

de vista, es perfectamente comprensible la consideración de la representación sin poder como una actuación de persona no legitimada, y en consecuencia, la ratificación como una sanación del defecto originario de legitimación, y por ello, del acto del no legitimado (*falsus procurator*) (167). De otra parte, la relación legitimación-eficacia del acto es obvia desde aquella perspectiva, y había sido puesta de manifiesto por diversos autores (Carnelutti, Betti, Pugliatti, Mengoni, Falzea...): la incidencia del defecto de legitimación (cual es el caso de la actuación del *falsus procurator*) sobre la eficacia del acto era la consecuencia lógica e inmediata (168), aunque en algún autor, como Betti, se llegó a inferir la invalidez (nulidad) del contrato del representante sin poder por considerar el elemento legitimación como presupuesto intrínseco del contrato (169).

Desde un punto de vista crítico que no podemos eludir, y dejando aparte ciertas cuestiones metodológicas (170) y dificultades o problemas relacionados con la idea de legitimación, por el carácter no homogéneo, sutil y polivalente de ésta —a que he hecho referencia poco ha, y en otro lugar anterior recogiendo la posición crítica de Messineo frente a Betti—, no puedo dejar de reconocer la valiosa aportación de la teoría que acabo de examinar desde sus primeras manifestaciones hasta la tesis más coherente y unitaria de Romano, la mayor parte de cuyas conclusiones podríamos suscribir desde ahora sin objeción, máxime cuando puedo anticipar ya que no difieren mucho de las mías, a las que llegaré por distinto camino. Ciertamente, pues, y acepto, que la actuación del

al que el acto se refiere)». Han seguido luego a CARNELUTTI varios autores en Italia, como BETTI, PUGLIATTI, y con menos fidelidad MENGONI, FALZEA y otros. No está muy alejado de esas ideas MULLER-FREIENFELLS en Alemania, aunque éste habla de «competencia» donde aquéllos se refieren a legitimación. Se puede ver una amplia referencia en nuestro país a esta cuestión en el trabajo de Díez-PICAZO «El concepto jurídico de la representación en el Derecho privado», citado ya, en *A AMN*, t. XVI (1968), p. 170 y ss.

(167) Vide ROMANO, op. cit., p. 155 y autores allí citados.

(168) Recuérdense las palabras de CARNELUTTI ya transcritas: «Por tanto si alguien actúa en nombre de otro sin poder ("procura"), es el defecto de legitimación lo que explica la ineficacia del acto...».

(169) Véase cuanto se dijo en su momento sobre la posición de BETTI a este respecto.

(170) Estoy pensando concretamente en la actitud de ROMANO cuando considera «no exacto metodológicamente el iniciar la investigación sobre la ratificación partiendo de la figura del representante sin poder», para pretender una neta separación de la cuestión de la ratificación de la del contrato ratificable, por temor a que el estudio e investigación sobre la actividad del *falsus procurator* pueda influir negativamente la que se haga sobre la ratificación (op. cit., pp. 193-194). Siento no poder compartir el punto de vista de este autor. El mío es completamente contrario, y entiendo que es muy difícil comprender qué sea la ratificación sin conocer antes bien la naturaleza y situación del «negocio» sobre el que incide y al que se incorpora; de ahí que no comprenda yo cómo pueda hablarse de una neta separación de esas cuestiones tan íntimamente relacionadas, y que crea aconsejable metodológicamente un estudio paralelo, y para caso de una precedencia, que parece inevitable, que preceda el estudio de la actividad del *falsus procurator* a la de la ratificación, pero sin perder nunca de vista su gran relación y unidad de criterio teleológico.

falsus procurator es la de una persona no legitimada, que no puede por tanto obligar al representado, y por ello el negocio en que interviene es ineficaz, e irrelevante para el *dominus*. Ahora bien: ¿es acertado el camino elegido para llegar a aquellas conclusiones, y óptimo o correcto el enfoque?

Es en este terreno donde me aparto más de Francesco Romano y su teoría. Tengo la impresión de que si no incorrecto, no es su enfoque el más adecuado, al menos para el estudio de la cuestión que nos ocupa tal como la hemos dejado planteada desde el principio —y debo decir en seguida que, aunque no es objeto de investigación directa e inmediata en Romano, ya que para él lo es la ratificación, no deja de interesarle, y lo estudia con atención y constantes referencias—.

Aborda ese autor el estudio de nuestro problema desde la perspectiva y situación jurídica del falso representante, es decir, lo que éste es o tiene, y aquello de que carece, orientado fundamentalmente en función del acto de disposición que su actuación comporta; en lugar de estudiar el negocio (contrato) en sí, en su esencia y estructura, en sus caracteres, en lo que tiene y de que adolece, pero todo ello, insisto, referido al acto (y no al actor), que es lo que nos preocupa y tras cuya naturaleza y situación vamos. En Romano, tanto cuando estudia la ratificación como si se refiere al negocio a ratificar, es el *falsus procurator* el centro primario de su atención, más que el acto. Por ello, aunque estemos muy próximos en las conclusiones (o en su mayor parte al menos), entiendo que deja irresueltos algunos de nuestros problemas (171); a lo que me referiré con mayor detenimiento y precisiones cuando me pronuncie desde mi punto de vista.

III. NECESIDAD DE NUEVO ENFOQUE.—POSICION PERSONAL

1. POSIBILIDAD DE NUEVOS PUNTOS DE VISTA Y CONSTRUCCIÓN

Lo insatisfactorio, en mayor o menor grado, de las opiniones y soluciones doctrinales antes vistas, alumbradas en un terreno eminentemente dogmático, fruto de un puro discurrir lógico-jurídico, parece aconsejar nuevos planteamientos, distinto punto de vista y de partida. La lógica, ha dicho Pugliatti (172), es para la ciencia un instrumento de sistematización, pero no garantiza la verdad intrínseca del resultado.

(171) Entre otros, el principal para mí y para el objeto de este trabajo sobre la naturaleza y situación de «nuestro» contrato, la justificación de la protección jurídica que se dispensa a ese «status», el alcance de cierta vinculación que crea aquella situación alumbrada por el falso representante y el tercero (pues no es absolutamente ineficaz, en cuanto desprovista de todo efecto jurídico, como veremos) y otros de que me ocuparé.

(172) PUGLIATTI, «Logica e dato positivo», en *Archivio giuridico*, 1935, p. 158 (citado por HERNÁNDEZ GIL, «Metodología de la Ciencia del Derecho», t. I, Madrid, 1971, p. 196).

Y a nosotros nos interesa más un buen resultado jurídico que dialéctico, de acuerdo también con Hernández Gil (173).

De otro lado, no parece hoy viable ni satisfactoria jurídica y metodológicamente una construcción jurídica hecha a espaldas del ordenamiento positivo, válida «*hic et nunc*», o sin la seguridad, al menos, de su compatibilidad con éste, tras el oportuno contraste. Y aquellas construcciones doctrinales de que dejo hecha mención en el apartado anterior, por estrictamente conceptuales y teóricas unas, o por referidas otras a sistemas jurídicos foráneos, se nos presentan por ahora con aquellos caracteres de desvinculación respecto de nuestro Derecho, para el que pueden resultar inaplicables o inútiles, o merecedoras quizá por el contrario de su respaldo si fueran viables a la luz de nuestros textos legales. He ahí, pues, otra razón, más poderosa aún, para intentar una revisión de toda la problemática antes expuesta y desgranada desde otro ángulo, con distinta óptica.

Pero aún hay más. El centro de gravedad de nuestra preocupación debe ser el problema en su esencia y en su base, como ha puesto de manifiesto —de actualidad fuera mejor decir, pues el descubrimiento no es nuevo, como sabemos— la moderna metodología, y muy especialmente Theodor Viehweg; y toda la construcción jurídica, como toda jurisprudencia, debe tenerlo presente en su planteamiento y en su búsqueda de soluciones (174). Tenemos, pues, que definir, delimitar claramente nuestro «problema», no tanto como planteamiento teórico cuanto como realidad vivencial, acaecimiento humano y jurídico que tiene una motivación, un fundamento, una razón de surgir y una necesidad de solución acorde con esos antecedentes.

El ordenamiento, ha dicho alguien (175), no se mueve por consideraciones lógico-dogmáticas, sino por motivaciones de intereses. El artículo 1.259 y demás del Código, que nos ocupan, como otros preceptos, no son ni una pura exigencia lógica ni una ficción legal, sino una fórmula normativa de reglamentación de intereses. Por tanto, parece indicado, quizá necesario incluso, adoptar aquí una actitud tópica y funcional frente a la dogmática de otrora, casi jurisprudencia de conceptos, entre la que se debate la mayor parte de la doctrina y opiniones vistas ante-

(173) Op. loc. cit.

(174) THEODOR VIEHWEG, «Tópica y jurisprudencia», trad. esp. de Díez-PICAZO, Madrid, 1964. Toda la obra es sobradamente interesante en este tema, y las citas podrían, deberían ser muchas, y largas. Haré una sola, que no puede ser breve: «si es cierto que la tónica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tónica. Es preciso, por ello, descubrir en la tónica la estructura que conviene a la jurisprudencia. Intentaremos hacerlo estableciendo los siguientes tres presupuestos: 1) la estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; 2) las partes integrantes de la jurisprudencia, los conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligados de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidos desde él; 3) los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema; cualquiera otra es preciso evitarla» (pp. 129-130).

(175) Díez-PICAZO, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», Madrid, 1970, p. 537.

riormente. Y al modo como hace Díez-Picazo en materia de vicios del consentimiento en el contrato —donde dice que «más que en presencia de una dogmática categoría de voluntades viciadas, nos encontramos en presencia de una serie de supuestos en los cuales lo que hay que hacer es definir la justicia o la injusticia de la perpetuación de la vinculación contractual» (176)—, estimo que también nosotros podríamos enfocar nuestro problema de forma parecida, y con esa óptica no me parece incorrecto pensar que más que ante una dogmática categoría de nulidad, inexistencia, ineficacia o consentimiento contractual deficiente, estamos en presencia de un supuesto ante el que hay que decidir sobre la procedencia, justicia o injusticia de unas vinculaciones, posibilidades de revocación o de ratificación, con qué fundamento, en qué términos y hasta dónde. Lo cual no será obstáculo, creo yo, para por ese conducto, con ese enfoque, intentar luego, resuelta ya esa cuestión, una explicación de lo que ocurre en la mecánica jurídica de tal situación y relativa vinculación, explicación, si es posible, que siempre podrá ser útil y fecunda —era ése, precisamente, nuestro propósito inicial, como lo dejamos planteado al inicio de este trabajo—, con tal de que los árboles no impidan ver el bosque: que la cuestión dogmática (inútil o insuficiente «per se» y para sí, valiosa en función de una solución y una construcción coherentes dentro de un sistema jurídico determinado) no borre la «ratio» y la teleología de la norma y de la institución.

Tengo que anticipar que no garantizo, sin embargo, esa asepsia que sugiero, ni puedo asegurar (sería demasiada presunción) no caer en la tentación dogmática. Conste al menos mi propósito.

2. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO A LA ACTUACIÓN DEL «FALSUS PROCURATOR».

Consecuente con cuanto antecede, pienso que para clarificar el «problema» —dentro de la actitud tónica—, para penetrar en él, antes de abordar soluciones debemos conocer su etiología y fundamento, y el de la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a esa situación. Fundamento que debe guardar íntima relación con la naturaleza de ese «quid» jurídico que vamos buscando, ya que forma parte de su «ratio», está en la base de aquélla, es su propia justificación, y por tanto permitirá comprenderla mejor.

Efectivamente: ¿por qué nace o a qué se debe, cuál es la motivación jurídico-social de esa tan particular «species» jurídica que es el contrato del *falsus procurator*? ¿Por qué el legislador permite precisamente este tipo de ingerencia de que nos venimos ocupando (cuando sabemos que no toda ingerencia está permitida, y alguna hasta es antijurídica: recuérdese la máxima de Digesto «culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti»)? ¿Por qué incluso protege esa intromisión del falso representante, sin poder alguno, o insuficiente, otorgando un «status» es-

pecial, muy particular e interesante, a algo que por haberse hecho en nombre y para una persona con la que no se ha contado en absoluto (o lo hecho fue excediéndose de lo concretamente encargado) debiera quedar en principio como inocuo o irrelevante? Porque una cosa es cierta e indiscutible: lo hecho por el *falsus procurator* es efectivamente relevante para el Derecho, éste le otorga un «status» particular, crea o le reconoce unas determinadas consecuencias jurídicas, una cierta y especial vinculación por débil que sea (177), mantiene como viable, susceptible de ser completado, algo que teóricamente y en puridad de principios debería ser «nada», un «todavía no» al que normalmente no se concedería más importancia mientras no «es» lo que pretende ser. Y ante todo eso, me viene llamando poderosamente la atención este grave interrogante: ¿dónde está la razón de esa protección, de aquella especial vinculación con cierta eficacia jurídica, puesto que ahí hay algo que dura hasta la revocación del tercero o la ratificación del *dominus*, no obstante la inexistencia de consentimiento auténtico (a efectos jurídicos), durante ese tiempo, de una de las partes?

En el primer aspecto antes sugerido —etiología de nuestra figura; causa, motivación jurídico-social, pero no individual (no nos interesa aquí lo psicológico individual), sino en cuanto fenómeno jurídico general—, es evidente que esta ingerencia ahora estudiada, que goza de un status y una protección, no es la *inmisión antijurídica* en la esfera ajena a que he aludido; ni siquiera (en general) una ingerencia en el patrimonio de una persona totalmente ajena a quien lo hace, sin relación alguna con ella y sin otro móvil que el de molestar o meterse donde no le llaman. Entiendo que la motivación que vamos buscando se halla en el ánimo por parte del gestor de ayudar o favorecer al *dominus negotii*, con espíritu de benevolente colaboración basada en cierta relación de proximidad, personal o jurídica, entre ambos, proximidad que permite al pseudorrepresentante esperar que el interesado no desaprobará su actuación, respaldará lo hecho en esa confianza y ratificará el negocio emprendido. Nuestra figura nace, pues en un ambiente jurídicamente sano, corresponde eminentemente al campo de lo altruista, con frecuencia, o al menos, de los móviles buenos y valiosos, en general. Su etiología no es antijurídica, patológica. Aunque haya a veces cierta desviación de una línea habitual, o de otra prevista y concertada, le salva precisamente lo honorable y digno del propósito que anima al falso representante.

(177) Me he referido en alguna ocasión anterior a esa especial vinculación y ciertos efectos jurídicos que produce antes de la ratificación el negocio del *falsus procurator*. Volveré a ocuparme de ello con más detenimiento más adelante. Pero creo deber anticipar ya desde ahora algunos de esos «efectos» (que no son los típicos efectos negociales del contrato o negocio elegido): cierta vinculación (no contractual todavía), pues el tercero debe revocar lo hecho para quedar totalmente desvinculado si quiere evitar una ulterior o retrasada ratificación; una delimitación objetiva del contenido negocial, que nadie puede variar unilateralmente ya antes de la ratificación; posible responsabilidad en algunos casos del *falsus procurator* frente al tercero (sobre todo cuando haya ocultado su carencia o límites del poder) en caso de frustración, no ratificación, del negocio por el *dominus* y por los perjuicios que aquél haya podido sufrir con ello (interés contractual negativo);...

Por tanto, al dispensar el ordenamiento jurídico aquella especial protección a lo hecho por el *falsus procurator*, a que antes aludía, y al dictar el legislador el artículo 1.259 y asimilados del Código, no está pensando tanto en el caso de que una persona otorgara contrato en nombre de otra total y lejanamente extraña (por ejemplo, si yo vendo en nombre de Paul Getty su colección de cuadros célebres, o la torre Eiffel en nombre del Ayuntamiento de París), como en el caso en que el extraño y representado es relativamente próximo (no tanto en el orden físico, como humano), y si bien no hay poder suyo ni representación legal, se goza en alguna forma y proporción de su confianza cuando no de su consentimiento moral, actual o probable (178). Quiero decir con ello que la imagen mental del legislador, en mi opinión, será aproximadamente la de este otro ejemplo: si yo compro para mi hermano, y en nombre de éste, mas sin su autorización ni poder, un coche de segunda mano a muy buen precio, sabedor como soy de que está buscando con urgencia coche de ese tipo; o si vendo en nombre de mi amigo su finca porque creo haber encontrado buen comprador y hecho buena operación, y mi amigo necesita vender. Son sólo ejemplos de contrato por otro sin poder, necesitados de ratificación; son, ya sé, cierto tipo o muestra dentro de los posibles, un tanto distantes si se quiere del otro de la colección de pintura de Getty, pero aunque el artículo 1.259 C. c. no distinga, creo que no cabe duda de que ese precepto está mucho más cerca de aquellos que de éste.

Volviendo al tema del fundamento, creo que como justificación de fondo, como fundamento remoto, podemos encontrar en primer lugar el que suele atribuirse en general a la gestión de negocios ajenos, prototipo más genérico de ingerencia no autorizada, pero justificable, al delimitarla frente a la antijurídica o prohibida: razones de solidaridad social, espíritu de benevolencia, unidos a criterios de utilidad individual, y por su conducto, también social, como apunta De Semo (179); o «una razonable atemperación entre el principio individualista, que excluye toda ingerencia, y el principio altruístico que, en definitiva, sabiamente disciplinado por la ley, redundará en beneficio del dominus» (Biondi (180). Justificación esa que, aunque no

(178) Tal es la situación, en el fondo, que se da en el caso del mandatario o apoderado que se extralimitan del mandato o poder conferidos, los cuales, sin embargo, son «próximos» al mandante o representado, y aun no habiendo adecuado su actuación al encargo recibido y no estando autorizado para realizar lo hecho, goza de la confianza del *dominus* (pues ya es mandatario o apoderado) y cree poder obtener su aprobación.

(179) DE SEMO, op. cit., p. 25, donde pueden verse numerosas citas sobre esta cuestión sacadas de la bibliografía italiana. Buscando más lejanas u originales referencias en esta materia, citaré las que LACRUZ invoca, hablando de la *negotiorum gestio*: «los jansenistas ven en ella una aplicación de la ley que nos ordena hacer por los otros lo que querríamos hicieran por nosotros (DOMAT), y la escuela de Derecho natural un reflejo civilista del gran deber de filantropía y benevolencia universal» («La gestión de negocios sin mandato», trabajo inédito todavía, al que me he referido en otro lugar).

(180) BIONDI, «Gestione rappresentativa e ratifica», Foro ital., 1954, I, 99, que cita en su apoyo a KOHLER, quien habla a este respecto de «Menschenhilfe» (que podríamos traducir como «ayuda o solidaridad humana»).

aflora clara o expresamente en nuestro sistema jurídico positivo, no parece haber inconveniente alguno en afirmarla de nuestra «negotiorum gestio» y de toda ingerencia justificable, que se acomodan a aquel fundamento en su planteamiento y en su regulación legal.

Aceptado, pues, que razones de solidaridad social y de utilidad individual y social «legitiman» remotamente y en principio el hacer del *falsus procurator*, tengo, sin embargo, la impresión de que aquí hay algo más, y que la protección jurídica que se dispensa a nuestra institución se basa, además en razones más próximas y concretas, por exigencias de su propia especialidad respecto de una genérica ingerencia.

Habría que profundizar seriamente en este punto, con mayor detenimiento, y yo no lo he hecho por ahora. Pero me da la sensación de que ahí se está dispensando aquella protección en unos casos a una apariencia (la que ha podido ostentar el *falsus procurator* o el mandatario que se extralimita, frente al otro contratante), y no se olvide la importancia que en el tráfico jurídico tiene la apariencia, y la protección que con frecuencia se le otorga en aras de la seguridad del tráfico. En otros, a ciertas situaciones interinas o provisionales con vocación y probabilidad de subsistencia —al modo como se protege, por ejemplo, la posesión, en cuanto avanzada de la propiedad o por las perspectivas de consolidación y continuidad de que hablara F. Heck; el negocio del *falsus procurator* es una avanzada del verdadero negocio, y ofrece perspectivas de consolidación— (181). En alguno, a ciertas expectativas jurídicas, las que el falso representante ha dejado abiertas al *dominus* y al tercero contratante en sus respectivos puestos. Y al propio tiempo y en la mayor parte de los casos —y me inclino a pensar que esto es lo prevalente en nuestro ordenamiento positivo dados los términos en que se halla redactado el artículo 1.259 C. c., básico en este terreno— un «iter negocial» iniciado, que para su perfección necesita del sí del *dominus*, de aquel que ha de encajar los efectos (182).

Pienso, por otra parte, que no son incompatibles entre sí esos fun-

(181) En ese sentido creo que cabe entender el principio que a veces se invocó en este terreno, llamado de la conservación de la *gestio*, apuntado por MITTEIS, «Die Lehre von der Stellvertretung», citado, p. 218 y ss.; y las ideas de PACCHIONI cuando, buscando un fundamento a la tutela jurídica al contrato del falso representante, dice: «reconociendo el derecho una representación fundada sobre la ratificación, no puede haber querido tutelar sino la posibilidad de funcionar eficazmente de esta forma de representación... Por haber querido tutelar el Derecho esa forma de representación resulta que debe haber querido atribuir, antes de la ratificación, algún efecto...» («Della gestione degli affari altrui», cit., p. 409).

(182) Creo que está en esa línea la idea que tiene F. ROMANO del fundamento de nuestra figura jurídica: «El representante sin poder inicia un proceso para el que puede preverse algo que lo complete y lo reorganiza, en el sentido de reconducir todo el movimiento (actuación) al esquema de un fenómeno técnicamente definido y jurídicamente relevante como negocio representativo; pero en tanto aquella acción iniciada, que bajo el punto de vista de la eficacia deficiente y de la falta de poder no tendría relevancia alguna como acción representativa, se presenta a la atención como sustancialmente significativa, intrínsecamente valorable como acción iniciada. Toda la investigación sobre este tema viene, en el fondo, sugerida por la exigencia de justificar técnicamente un *ejercicio* desvinculado del poder, pero conservable y funcional como *ejercicio*» («La ratifica nel diritto privato», cit., pp. 36-37).

damentos, y que pueden concurrir, todos o algunos, conjunta y paralelamente, destacando en algunos casos uno más que otro. Así, por ejemplo, sobresale el aspecto de apariencia jurídica en el caso del mandatario que es conocido como tal por la otra parte contratante y que traspaasa los límites del mandato o del poder sin haber exhibido éste u ocultando aquella extralimitación, e igualmente en la hipótesis del *falsus procurator* que oculta su carencia de poder y se autopresenta como representante autorizado. Pero de otro lado, veo omnipresente, aunque más difuminada y al fondo, la protección de la provisionalidad y la perspectiva de continuidad que ofrece aquel negocio, y de las expectativas jurídicas creadas para el *dominus* y el tercero, absorbidos estos aspectos, en mi opinión, por el prevalente del «iter negocial» iniciado por el *falsus procurator* y su cocontratante, que por propia previsión legal en nuestro sistema jurídico —y quiero subrayar que ahora estoy meditando, razonando de cara a él, no en abstracto—, es camino válido y correcto, aunque todavía parte sólo del total a recorrer, para llegar a alcanzar los efectos jurídicos buscados y la satisfacción de intereses individuales cuya protección y realización se encuentra también, precisamente, por esa vía legal, aunque sea ésta menos frecuente (183).

El artículo 1.259 C. c. es capital en este punto, como precepto tipo y por su claridad a este respecto. Recuérdese que, como ya dije —y parece evidente—, el contenido sustancial de este precepto se orienta en un doble sentido: al propio tiempo que establece, de un lado, que nadie puede invadir la esfera jurídica ajena sin estar autorizado, admite claramente que, a falta de justificación previa de la ingerencia, en defecto de autorización anterior, pueda llegar ésta «a posteriori» a través de la ratificación del *dominus*; es decir, que es indiferente que el consentimiento del afectado por el negocio llegue antes o después de la actuación que por y para él y en su nombre ha llevado a cabo su representante. Por tanto, jurídicamente, tan legal y correcto (en cuanto actuación dentro de una previsión normativa) es el camino negocial que iniciado con un apoderamiento y seguido de unos tratos entre apoderado y tercero deviene contrato pleno y perfecto, como aquel otro en que el representante no apoderado inicia y cierra con tercero tratos a favor de su representado, incorporándose después el consentimiento negocial de este último, imprescindible tanto como el poder en el primer caso para que el «negocio» preparado sea eso, lo que pretende ser.

(183) Tengo la impresión de que no es ajena, o al menos lejana a esa visión que sugiero en el texto, la de ROCA SASTRE cuando dice: «Se trata de un negocio ya realizado que hay que procurar salvar, mediante normalizar la situación de pendencia en que el mismo se encuentra. Ha de ser posible, en los casos de extralimitación de poder o de gestión sin poder, que se aclare la situación. La ratificación es el medio más indicado para ello, pues transforma lo que ha sido una extralimitación en un negocio normal» (op. cit., «Estudios de Derecho Privado», vol. I, p. 471). Hay que aclarar una situación y hay que salvar un negocio, dice ROCA. Hay, pues, algo incierto, y algo provisional o no consolidado. Y lo que hay que salvar no es tanto en función de un negocio como tal, sino de unos intereses de que aquél es vehículo, y que es realmente lo que protege el ordenamiento jurídico (intereses reconocidos como valiosos, no abstractas figuras jurídicas).

Esa es la posición de nuestra jurisprudencia, a la que aludiré más ampliamente en su momento, cuando refiriéndose indistintamente al artículo 1.259-2.º y al 1.727-2.º C. c., ha dicho que «la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a posteriori, cual es el consentimiento del principal» (sentencia T. S. de 14 de diciembre de 1940), doctrina que ha reiterado luego en numerosas ocasiones y a veces con idénticos o muy parecidos términos, en las sentencias de 7 julio 1944, 29 marzo y 10 octubre 1963, 13 diciembre 1965, 11 julio 1966 y 31 marzo 1971, a las que me referiré con citas textuales y hago expresa remisión.

Es obvio, pues, que nuestro negocio en espera de ratificación —a cuya situación y naturaleza viene referido este trabajo, y en función de lo cual van todas estas consideraciones— es algo normal (no obstante su excepcionalidad en el orden estadístico, por poco frecuente) dentro del marco institucional negocial. No es una situación irregular o patológica como podría decirse de la anulabilidad, rescisión, resolución, e incluso de la misma nulidad, que pueden afectar al negocio en general, en el que inciden negativamente. El ordenamiento jurídico lo contempla desde el ángulo de la normalidad y la previsión normativa, a la que se adecúa en su acaecer y en su desarrollo, es decir, en su versión positiva (porque hay previsión normativa para las situaciones anormales o irregulares; pero ese me parece un lado negativo: inadecuación al desarrollo normal buscador de efectos). Y lo protege en cuanto medio legal normal, vehículo adecuado, aunque resulte un poco más complicado de lo ordinario, para alcanzar fines negociales y regulación de intereses que considera valiosos. Es decir, que el Derecho positivo, nuestros artículos 1.259 y 1.727-2.º C. c., protegen, al regularlo, no sólo expectativas, posiciones e intereses individuales, sino también los medios técnicos que prepara para alcanzar aquellos, y las situaciones jurídicas que comporta su desarrollo institucional.

Creo que esto, si pareciera correcto, deja contestadas las preguntas que antes nos hacíamos, al plantearnos el problema del fundamento de nuestra figura y la justificación de su propia situación en sí (que otros han visto como algo extraño e irregular) y de su protección en cuanto forma de ingerencia, que ahora nos parece menos ingerencia irregular y más aún un medio o procedimiento de cooperación al hecho jurídico ajeno dentro de un orden y normalidad constituidos (184).

Ahora bien: ¿hasta qué punto se adecúa todo lo que más arriba dejo apuntado en el plano del fundamento o justificación de nuestro negocio, que tanto me preocupaba, con la mecánica funcional del ne-

(184) Pero creo que al propio tiempo esa explicación nos proporciona una etiología, o mejor aún, queda relacionada con la que anteriormente he apuntado, y visto que lo problemático, su particularidad, se halla en la génesis y en el desarrollo de nuestro negocio, dentro de aquel contexto, parece indicado orientar en ese sentido la investigación que nos preocupa, pues no hemos renunciado a llegar a conocer (a intentarlo al menos) la íntima y jurídica naturaleza, y a explicar en lo posible la situación del contrato del *falsus procurator* antes de su ratificación, aunque tratemos de hacerlo por nuevos caminos.

gocio representativo que es el del *falsus procurator*? Dicho en otras palabras: aquella explicación mía de la justificación de dicho negocio —que cree ver en ello una protección del ordenamiento jurídico a un iter negocial iniciado, como medio idóneo para alcanzar fines negociales—, ¿es compatible en el orden dogmático (que tampoco desdeño), y dentro de nuestro sistema jurídico, con una correcta y consecuente construcción del negocio representativo y su mecánica sobre la incidencia de los efectos negociales en el representado?

Mi explicación anterior, en el ámbito del fundamento, pudiera comportar cierta petición de principio si quedara reducida a aquellos términos, particularmente por lo que afecta al juego de las voluntades de representante y representado en el negocio del *falsus procurator*, cuestión nada pacífica en la doctrina de la representación, como es sabido. Creo por ello obligado dar una explicación cumplida de mi posición expresada —en cuanto entiendo incorporada al negocio del representante sin poder la voluntad o el consentimiento del *dominus* (a través de la ratificación) para llegar a ser completo y perfecto el negocio que antes no era, según dejo apuntado, sino una parte de un largo camino negocial al que el Derecho dispensa su protección en un más amplio orden institucional—, lo que exige referirme, aunque brevemente, al valor que en el negocio representativo, en general, y en el del *falsus procurator* más especialmente, tienen las voluntades de representante y representado, sobre todo la de este último en nuestro concreto negocio aquí estudiado.

3. LA VOLUNTAD DE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO EN EL NEGOCIO REPRESENTATIVO

A) *Su función en el negocio representativo ordinario*

Nuestro problema se halla, efectivamente, inmerso en otro más general y amplio, como es el del juego y función que desempeñan las voluntades de representante y representado en el negocio representativo —y ello, obviamente, por ser negocio representativo el llevado a cabo por el *falsus procurator*, como entiende la mayor parte de la doctrina moderna (185)—.

No es éste, ciertamente, momento oportuno para traer aquí ese

(185) Pueden citarse, a título de ejemplo, como favorables a considerar representativo el negocio llevado a cabo por representante sin poder: ROSEMBERG («Stellvertretung in Prozess», Berlín, 1908, pp. 9-10), REGELBERGER («Pandekten», Leipzig, 1893, p. 582) —citados éstos por PUGLIATTI, «Il conflitto d'interesi tra principale e rappresentante», en *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 58—, y ZITELMANN, GOLDMANN, LILIENTHAL, CROME, STAUDINGER (citados por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 2), más los propios PUGLIATTI y GRAZIANI citados y ENNECERUS-NIPPERDEY («Tratado de Derecho Civil», t. I, vol. 2.º, pp. 244 y 266, trad. esp., 1950), aunque con menos claridad. Y se han pronunciado en sentido contrario RIEZLER, HOLLANDER, CARBONI (citados por PUGLIATTI, op. loc. cit.) y HOLDER, BRINZ-LOTMAR, KOEPPEN (citados por GRAZIANI, op. loc. cit.).

viejo y quizá irresuelto problema en toda su dimensión, del que me he ocupado en otro lugar (186). Parece inevitable, sin embargo, dejar constancia de mi opinión al respecto, a los solos efectos de toma de posición en cuanto determina la otra concreta, que aquí interesa más, relativa a nuestro estudio: la del contrato (representativo) del *falsus procurator*, y su naturaleza y situación.

Entiendo, como cuestión de principio y punto de partida, que por ser el negocio jurídico un medio técnico que el Derecho pone a disposición del individuo para la regulación de aquellos de sus intereses que caen dentro del campo de la autonomía de la voluntad («medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico»,

(186) A ese tema he dedicado mi trabajo «La voluntad negocial y la representación (Ensayo sobre la participación de representante y representado en el negocio representativo)», publicado en el libro homenaje a Roca Sastre. Allí me he ocupado ampliamente de las tesis o soluciones fundamentales dadas al problema apuntado en el texto, de las que las más importantes, en obligada síntesis, son:

a) La de SAVIGNY, que entiende que la única voluntad relevante en el fenómeno representativo es la del representado, que es el único que formula una verdadera voluntad negocial; el representante, cualquiera que sea la amplitud y concreción del poder que se le ha dado, no es para SAVIGNY sino un mero portador al tercero contratante de aquella verdadera y única voluntad negocial: de esa forma viene a quedar asimilado, o muy próximo, el representante al *nuncius*. La tesis de SAVIGNY (que desarrolló en su «Derecho de Obligaciones», t. II, § 57) tuvo cierto predicamento en un primer momento y fue aceptada o seguida por RUHSTRAT, DERNBURG, HELMANN y otros; pero luego fue duramente criticada, primero por CURTIUS y THÖL, y más a fondo por MITTEIS y HUPKA.

b) Teoría de la ficción, relativamente próxima a la anterior. Se debe a WINDSCHEID, que en una primera formulación decía que la declaración del representante llega al negocio y opera como declaración del representado; pero luego él mismo, consciente de la inviabilidad doctrinal y práctica de esa tesis, la modificó en el sentido de que «como declaración de voluntad del representado no viene pensada (fingida) la declaración de voluntad del representante, sino una declaración de voluntad como la del representante...» («Diritto delle Pandette», trad. italiana de FADDA y BENZA, t. I, § 73, nota 16); el fundamento jurídico, pues, de la representación es por tanto y para aquel pandectista una ficción. Fue seguida también por BUCHKA y LABAND, pero enseguida la crítica explotó contra ella el punto débil que ofrecen todas las que se fundan en ficciones.

c) Teoría «del doble negocio», de THÖL: los efectos jurídicos de la actividad gestora del representante —dice este mercantilista alemán— no nacen ni se producen para el representado sólo del contrato que aquel celebra con el tercero, sino de algo más complejo, que THÖL desglosa en dos contratos: el que el representante celebra con el tercero con base en el poder (contrato base, «Grundvertrag» en la terminología del autor), y el que por efecto de la relación que engendra el poder, estipula el *dominus* con el tercero también (contrato principal, «Hauptvertrag»). Todo eso lo justifica THÖL diciendo que el representante no desempeña sólo la función de comunicar al tercero la voluntad del representado, sino también la de transformar la voluntad general de éste en otra voluntad contractual concreta, de modo que el representante puede considerarse como el generador de la voluntad del *dominus*.

d) Teoría de la representación («Repräsentationstheorie»). Significa la posición extrema y opuesta a la de SAVIGNY, y basada en el centro de gravedad a la voluntad del representante, única verdadera del negocio representativo. Se funda esta doctrina sobre la idea de que en el fenómeno representativo, y en el negocio de esa clase, debe distinguirse un portador de la voluntad negocial (el representante) y un destinatario del interés (representado): el primero es el verdadero y único contratante, quien con su voluntad unida a la del tercero da vida al negocio, cuyos efectos en definitiva inciden sobre el representado; la voluntad negocial es indi-

ha dicho Albaladejo), y no variando esa premisa en materia de negocio representativo —pues el instituto de la representación no altera los planteamientos de la autonomía privada ni del negocio jurídico—, ha de concluirse que el negocio (representativo) que afecta a la esfera jurídica de determinada persona tiene que contar con la voluntad de ésta de quedar afectada por aquél: en otro caso quedaría violado el principio fundamental expresado. «En nuestro ordenamiento jurídico —he dicho en otro lugar (187)— y en el campo del negocio representativo hay dos formas de expresión de la voluntad del interesado: el poder, como previa, y la ratificación, a posteriori. Ambas desempeñan idéntica función (lo que no quiere decir que sean idénticos ne-

visa del representante. La conexión entre esas dos distintas esferas (voluntad del representante; efectos en y para el representado) se establece mediante un «aparato conductor», que REGELSBERGER llamará «poder representativo» o «poder de representación». El poder conferido al representante por el *dominus* es sólo el presupuesto y el límite para la eficacia en el representado de aquella voluntad negocial. El padre de esta teoría es IHERING; fue seguida ampliamente en Alemania (UNGER, BRINZ, REGELSBERGER, ENNECCERUS, ZIMMERMANN y KARLOWA, en quienes adquiere ciertos matices originales...), y ha sido remodelada por VON THUR y HUPKA, a través de los cuales ha adquirido mayor difusión. Es la que más influencia ejerció en los legisladores alemanes y a la que mejor se acomoda el B. G. B.

e) Doctrina de la cooperación de la voluntad de representante y representado, de MITTEIS. Representa la posición intermedia entre las dos extremas aludidas, excesivamente unilaterales. Para MITTEIS, y con objeto de superar los inconvenientes de esas visiones parciales por unilaterales, debe tomarse en consideración ambas voluntades, y la función que cada una de ellas tiene en la creación del negocio representativo. Distingue para ello los casos de poder especialísimo y los de poder generalísimo, donde predomina, respectiva y casi exclusivamente, las voluntades del representado y la del representante, y los casos intermedios en que la voluntad negocial de cada uno es parcial, en mayor o menor proporción. El tratamiento que hay que dar a cada uno de esos casos es diferente, y no nos interesa por ahora. Lo importante para MITTEIS es que la voluntad negocial está constituida siempre por la cooperación de las dos manifestaciones volitivas. Tiene esta teoría la ventaja de orillar los inconvenientes que comporta (y que aquí no podemos analizar ni descender a una crítica detenida) la unilateralidad de las teorías de SAVIGNY y de IHERING. Pero se ha criticado también, en cambio, a MITTEIS (a quien siguen CROME y TARTUFARI) el basar su distinción y su construcción en un criterio cuantitativo de voluntades, más que cualitativo.

f) Otra teoría de la cooperación de voluntades es la de PUGLIATTI, que él llama de la «cooperación funcional o cualitativa» (precisamente para superar las dificultades de la anterior), según la cual «ambas voluntades concurren al nacimiento del negocio, pero no en medida cuantitativamente diferente, como sostiene MITTEIS, sino con función diversa por naturaleza y por cualidad. El representado emite el acto de decisión, y de ahí que su manifestación volitiva constituye, «a parte subjecti», el elemento formal de la voluntad negocial, el presupuesto de su legitimación jurídica, sea personal u objetiva; y el representante, por el contrario, aporta la voluntad del contenido, es decir, la materia del acto volitivo negocial, el cual sin embargo sigue siendo uno aunque constituido por la síntesis de dos elementos («L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», cit., en *Studi sulla rappresentanza*, p. 23). De ello deduce: que ambas voluntades son necesarias para que surja el fenómeno representativo, en la representación voluntaria; y que las dos voluntades permanecen autónomas desde el punto de vista estructural, y se unen entre sí funcionalmente. Parecidas a estas ideas, aunque en términos no muy distintos, son las de GRAZIANI, según pudimos ver en su momento.

(187) Trabajo y lugar antes citados.

cesariamente): expresar la voluntad negocial del *dominus* de quedar afectado, cumplir con aquel principio esencial.»

Aunque el apoderamiento (y lo mismo puede decirse de la ratificación) se presenta formal y exteriormente como algo autónomo y separado del negocio representativo, ello ocurre sólo desde un punto de vista estructural, pero no en el orden funcional (más importante), donde no puede desligarse del negocio para el que va proyectado: el poder, el apoderamiento, no son nada en sí ni para sí, no tiene finalidad o razón de ser propias, «per se», sino que son algo únicamente en función de otro negocio. Por tanto, aunque prima facie el apoderamiento se presente desconectado del negocio representativo, funcionalmente es parte de éste, proyección previa de éste que sólo adquiere sentido incorporado teleológicamente a dicho negocio (188), con el que se forma un «complexum» a que luego aludiré. El poder, con esa visión funcional, es el medio técnico o vehículo que incorpora la voluntad del representado a ese negocio (representativo).

No es cuestión pacífica la de determinar en qué forma participa esa voluntad en dicho negocio, sobre la que tanto se ha discutido de Mitteis hasta aquí. Cierta reciente doctrina española (Díez Picazo, F. de Castro, Lacruz Berdejo, sobre todo (189), que da relevancia a la voluntad del representado —frente a otra doctrina anterior, que aceptaba la de la teoría de la representación—, parece referirse a una participación del *dominus* en la determinación del contenido negocial cuando lo haya concretado en las instrucciones del poder. Creo, por mi parte, que esa forma de participación volitiva del principal en el negocio representativo, que no siempre existe (o puede no existir), no es, tampoco, la más importante; es otra la más relevante, y la que tiene que darse siempre: la voluntad del representado de apropiación, o afectación a la propia esfera jurídica, del contenido efectual del negocio, es decir, en cuanto supone «autorregulación de los propios intereses» en que consiste todo negocio. Porque una cosa es cierta: el representante no autorregula intereses propios. El único que hace eso es el representado. Por tanto, en la concepción de negocio jurídico de que hemos partido y hoy prevalente, la voluntad más valiosa y trascendente —en cuanto única dirigida a una autorregulación de intereses— es precisamente la voluntad del representado: no puede haber auténtico negocio sin esa voluntad, que no falta, ciertamente, en el negocio representativo: le precede (apoderamiento), o le sigue (ratificación).

(188) «Pero hay más —he dicho a este respecto en mi trabajo ya citado, al que me veo obligado a remitirme una vez más—. El poder no es requisito imprescindible del negocio representativo ni presupuesto necesario para que en éste los efectos de la actuación del representante se produzcan directamente en la esfera jurídica del representado, desde el momento en que se logra la misma finalidad y efecto por medio de la ratificación ulterior del *dominus*: ello es bien claro en nuestro ordenamiento jurídico a la vista del artículo 1.259 C. c. y de la jurisprudencia tantas veces aludida». (A esa jurisprudencia me referiré ampliamente más adelante).

(189) A la doctrina española, y a esos autores en concreto, dedico también especial atención en el trabajo mío tantas veces aludido, al que me remito aquí nuevamente para no alargar en exceso el presente.

Aunque autónoma exteriormente esa voluntad del *dominus*, funcionalmente se integra en el negocio representativo, y en cuanto el apoderamiento pueda presentarse como negocio autónomo, creo que es uno de esos negocios accesorios de que hablara Santoro-Passarelli, o negocios conjugados de Betti (190). Le aporta, en todo caso, no sólo, y no tanto una cantidad de contenido negocial (que puede haber, aunque no necesariamente) sino fundamentalmente un aspecto cualitativo, lo que Pugliatti ha llamado «acto de decisión», «el elemento formal de la voluntad negocial, el presupuesto de su legitimación jurídica» (191).

En mi opinión, pues, y a modo de resumen, en todo negocio representativo intervienen eficazmente, tanto la voluntad del representante como la del representado. La primera, más ostensible, va dirigida a determinar el contenido efectual del negocio (en lo que puede operar también el *dominus*); la segunda va dirigida fundamentalmente a la autorregulación de los intereses del principal, a la apropiación o incorporación del contenido efectual a la esfera jurídica del representado: sin esta voluntad del *dominus* no puede haber negocio, pues es esencial al mismo.

B) *El papel del representado en el negocio del «falsus procurator»*

El negocio del *falsus procurator* es —lo reconoce la mayor parte de la doctrina, incluso la clásica de la representación, como dije— tan negocio representativo como el de representante con poder suficiente. Pero ¿qué hay en el orden negocial antes de que llegue la ratificación?; ¿qué función desempeña ésta, en cuanto consentimiento del *dominus*, en aquel negocio?

De lo que anteriormente tengo dicho puede deducirse en seguida y a primera vista que lo único que ha podido poner el *falsus procurator* a contribución del negocio que prepara, es lo que antes he llamado

(190) Vide SANTORO-PASSARELLI, «Doctrinas generales del Derecho civil», trad. esp. cit., p. 260; y BETTI, «Teoría general del negocio jurídico», cit., pp. 220 y 221.

(191) Y que las cosas ocurren (creo que deben ocurrir) así, es decir: en el orden institucional la voluntad del representado forma parte del negocio representativo, y en el formal ello se presenta formando un *complexum*, un negocio complejo de formación sucesiva entre apoderamiento (negocio accesorio) y negocio representativo (que podría llamarse principal); que todo eso debe ser así, decía, nos puede explicar el que ciertos estados subjetivos del representado (mala fe, ciertos vicios de voluntad...) puedan trascender no sólo a su negocio de apoderamiento, sino al negocio representativo, que queda directamente afectado por el defecto del primero. ¿Cómo podría explicarse, o prosperar, una pretensión de ineficacia de una compraventa hecha por representante inocente, basada en una mala fe (consciencia del origen ilícito del objeto...) del representado, si la única voluntad negocial fuera la del representante, y el apoderamiento (sin vicio de voluntad legalmente previsto) un negocio independiente de aquél? Yo no veo otra explicación jurídica para la declaración de ineficacia de la compraventa sino a través de la conexión de los dos negocios, cualquiera de los cuales, aisladamente, parece inimpugnable. Y me parece obvio que esa compraventa debe ser declarada ineficaz (en el mismo sentido, F. DE CASTRO, «Temas de Derecho civil», cit., p. 120).

voluntad de contenido efectual, o determinación del contenido negocial. Y no puede ser nada más que eso, porque de un lado no contrata para sí, luego no pretende conectar los efectos negociales consigo mismo; pero tampoco está en condiciones de vincular esos efectos, aunque lo quiera, a la esfera jurídica del *dominus*, pues no tiene poder de éste, ni el principal se ha manifestado aún al respecto. Falta todavía una voluntad eficiente de vinculación de los efectos a la esfera jurídica de un sujeto determinado, del dispuesto a aceptarlos.

Todo lo anterior puede resultar válido si lo es también —premisa jurídica imprescindible— esa escisión de la voluntad en el doble sentido de que hablan Pugliatti y Graziani. Distingue el primero de ellos, como vimos, en la manifestación de voluntad, al estudiar el acto de disposición, «un elemento material, que es la voluntad del contenido, y un elemento formal que es el acto o momento de decisión» (192). Graziani, en el mismo año 1927 y al parecer con independencia de Pugliatti (ninguno de los dos cita o hace referencia al otro) dice que «el sujeto que da vida a un negocio despliega su voluntad en una doble dirección: de un lado mirando a la determinación del contenido del negocio y del alcance de los efectos correspondientes, y de otro a devenir él mismo titular del negocio» (193).

Francesco Romano ha impugnado ese punto de vista, diciendo que supone una artificial escisión de la voluntad negocial, ajena a la realidad jurídica, para la que esa voluntad debe ser única, unitaria (194).

No estoy de acuerdo con esta última opinión, y me adhiero a la visión de aquellos dos autores italianos. Tanto psicológica como jurídicamente, la voluntad puede ser pluridireccional, sin perjuicio de su unidad. Es más: lo general, lo más frecuente, es que la voluntad, rica en matices como todo lo psíquico, no se pronuncie en un solo sentido, y que ello trascienda jurídicamente. Si yo hago entrega de una cosa, difícilmente se dará (aunque sería posible) con la simplicidad de la mera y aséptica entrega; es casi seguro que la haga, además de con intención de entregar, «*animo donandi*», o «*animo solvendi*», o con intención de prestarla (y ésta puede a su vez ser con espíritu gratuito, u oneroso)... Por ello, es perfectamente correcto el ejemplo de Graziani: «aquel que dice: quiero comprar, da a su voluntad esta doble dirección: 1) voluntad dirigida a determinar el contenido del negocio de compraventa; 2) voluntad de convertirse en sujeto de tal negocio». Esto me parece indiscutible. Obsérvese que no se habla ahora de dos voluntades distintas, sino de una sola con doble significado o dirección.

Si ello es así, en principio, y psicológicamente, no habría inconveniente en decir que también sería posible que esas dos direcciones de la voluntad única pudieran desdoblarse, convertirse en algún caso en dos voluntades unidireccionales: en el ejemplo de Graziani, que una voluntad se dirigiera exclusivamente a determinar el conteni-

(192) PUGLIATTI, «L'atto di disposizioni e il trasferimento dei diritti», en *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 8.

(193) GRAZIANI, op. loc. cit., p. 24.

(194) «La ratifica...», cit., pp. 42-43, a cuya posición crítica ya hice referencia.

do negocial, y otra a la apropiación del contenido o devenir titular del negocio. Teóricamente es posible, no cabe duda. Ahora bien, en la práctica no siempre se dan las cosas con esa sencillez, y llevando el ejemplo comentado a nuestro terreno, no ocurre que el *falsus procurator* dirige su voluntad sólo en el sentido de determinar un contenido negocial, sin más, ni referencia personal alguna, pues él lo determina, y quiere además aquellos efectos para el *dominus* (es negocio representativo). Lo que pasa es que él, aunque quiere eso para su principal (195), esta segunda dirección es intrascendente en el orden jurídico-vinculatorio (él no puede obligar o vincular al representado), con lo que la única dirección trascendente jurídicamente, de lo querido por el representante, es la de fijación del contenido negocial. Y ello sin ruptura del carácter unitario de la voluntad, ni detrimento de ningún principio psicológico o jurídico.

En consecuencia, falta al negocio del *falsus procurator* aquella parte de la voluntad que Pugliatti llama «acto o momento de decisión», es decir, la voluntad de devenir titular del negocio o de sus efectos: la voluntad del representado. Este proporciona ese elemento volitivo imprescindible a todo negocio jurídico, y sin el cual no hay autorregulación de intereses ni incidencia del contenido negocial en la esfera jurídica de un titular que lo acepte; elemento volitivo, consentimiento negocial, que no había hasta entonces. Mientras no llega, pues, aquella voluntad del representado, no hay auténtico negocio; hay preparado algo que se le parece: hay determinados unos efectos y un contenido negocial, pero no hay titular, pues no ha dado su consentimiento para que aquéllos afecten a su esfera jurídica.

Esa voluntad puede llegar, sin embargo, más tarde, por medio de la ratificación del *dominus*. En tal caso, el negocio queda completo y perfecto: ya no le falta nada. La ratificación es una especie de clave de bóveda: con ella queda cerrado el ciclo y perfecto el negocio; sin ella todo lo demás se viene abajo, pues lo preparado anteriormente queda sin titular, sin destino, sin valor trascendente. Y el contrato (negocio) así formado no es, sin embargo, una «rara species» dentro de nuestra tipología jurídica: es, sencillamente, el caso más claro, el tipo negocial mejor definido del denominado por la doctrina «negocio jurídico de formación sucesiva» (entendiendo por tal, según doctrina acreditada, aquel en que se producen en momentos diversos los varios requisitos legales exigidos para su existencia, para diferenciarlo del negocio sometido a «conditio iuris» pendiente, ya negocio por concurrir sus requisitos de existencia, pero ineficaz hasta tanto se cumpla esa condición (196).

(195) También en este caso hay doble dirección volitiva: de un lado, de contenido, y de otro, que ese contenido efectual sea para el *dominus*.

(196) Aunque sea terminología (negocio jurídico de formación sucesiva) es relativamente moderna, y se ha acuñado sobre todo en Italia, donde el problema ha preocupado más, la idea originaria parece deberse a IHERING, que ya se ocupó de esto al estudiar «la concentración del acto jurídico», y la «necesidad de la unidad de la acción» en *Derecho Romano*, explicando luego cómo ello ni se da ni se exige en Derecho moderno, en que los diversos elementos del acto jurídico pueden presentarse separadamente, si bien queda condicionada la eficacia de aquél

Creo que debo destacar, sin embargo, que todo ello, incluso esa llegada de la ratificación con cierto aire de tardío, se desarrolla dentro de un proceso normal, y de acuerdo con un desarrollo correcto y dentro de cauces legales previstos así, ya que en la mentalidad del artículo 1.259 C. c. es indiferente que el consentimiento del representado sea previo o «a posteriori». Hay, pues, en materia de negocio representativo, dos caminos negociales, dos opciones normales y legales: la del consentimiento previo del principal (poder), o ulterior (ratificación); igualmente jurídicas y eficaces.

Hasta aquí, visión teórica, doctrinal, casi dogmática, de nuestro problema. Pero ¿qué ocurre, cómo se presentan y resuelven todas esas cuestiones en nuestro sistema jurídico, en nuestro Derecho positivo?

Tengo hecha alusión ya en este trabajo (menos detenida por resultarnos aquí más marginal) a la posición de nuestro primer Cuerpo legal civil en materia de representación, demasiado pobre y poco definida, sobre lo que no puedo volver ahora (197). También tengo dicho que no es mucho más abundante ni precisa la regulación legal de la materia que ahora nos ocupa en el Código civil, reducida prácticamente al artículo 1.259, al que me he referido con frecuencia y del que en su momento dejé expuestas las que en mi opinión son sus directrices fundamentales y mentalidad; y el artículo 1.727-2.º C. c. en lo referente al exceso del mandato (que vengo asimilando a la extralimitación del poder a nuestros efectos y sobre todo, a los legales, sin que ello suponga confusión de figuras ni de conceptos (198), no mucho más explícito. Poco cabe añadir ya aquí. Puede observarse, sin embargo:

Por lo que afecta al artículo 1.259 C. c., creo que abona y respalda, sin lugar a dudas, a mi entender, cuanto tengo dicho poco ha «in sede teorica», por cuanto establece dicho precepto: 1.º, que nadie puede

al advenimiento del último («L'esprit de Droit Romain», t. IV, p. 148 y ss., trad. fr. citada, París, 1888. Aborda también el propio IHERING este problema, relacionado con el de los efectos jurídicos del negocio, en «Ueber die passiven Wirkungen der Rechte», *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. X, p. 466 y ss.). De esta cuestión se ocuparon luego KOEPPEN («Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden», loc. cit., p. 144 y ss.), KARLOWA («Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung», cit., p. 5 y ss.), ENNECCERUS («Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin», Marburg, 1888, p. 159 y ss. y 269 y ss.), y más recientemente FALZEA, «La condizione e gli elementi dell'atto giuridico», Milán, 1941, p. 179 y ss. (con amplia referencia bibliográfica) y SCOGNAMIGLIO, «Contributo a la teoría del negozio giuridico», Nápoles, 1969, p. 278 y ss.

(197) De ello me ocupé en mi trabajo, varias veces citado ya aquí, «La voluntad negocial y la representación», loc. cit., al que una vez más tengo que hacer remisión para evitar innecesarias repeticiones, máxime en una cuestión que excede de la que es objeto del presente. Quizá sólo ha lugar ya a pedir excusas por tan frecuentes autocitas.

(198) «La norma —dice GULLÓN BALLESTEROS («Curso de Derecho civil. Contratos en especial», Madrid, 1968, p. 298) refiriéndose al artículo 1.727 C. c.— es aplicable, por supuesto, al mandato representativo. Pero es dudoso que haya sido redactada pensando en el mandato que no tiene esta característica. La clara alusión a la ratificación, figura que se relaciona íntima y directamente con el apoderamiento, así lo hace pensar.»

ingerirse en la esfera jurídica ajena sin estar autorizado para ello («ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado...»); 2.º, que si actuase el representante sin esa autorización no hay negocio («el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, será nulo...»: en seguida veremos el valor e inteligencia que tiene este último término jurídico para nuestra Jurisprudencia, precisamente en el que apunto); 3.º, que habrá tal negocio, y quedará subsanado aquel defecto (defecto = «falta de») si la persona a cuyo nombre se otorgara el contrato ratifica a tiempo («antes de ser revocado por la otra parte contratante», en nuestra previsión normativa) lo hecho en tal calidad representativa y sin autorización previa («a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue...»). Parece innecesario desgranar aquí, o comentar con más detenimiento ahora, esos extremos, de los que de unos me he ocupado ya, de otros hablaré en seguida, y de alguno habría que escribir con bastante más amplitud, y merecerá hacerlo en estudio separado sobre la ratificación.

El artículo 1.727-2.º C. c. mantiene, en el aspecto de que se ocupa (extralimitación del mandatario), una posición equivalente, paralela a la expuesta del 1.259: el mandante no queda obligado sino cuando ratifica lo hecho por el mandatario que se ha excedido. Por asimilación, el apoderado que se extralimita del poder conferido no deja obligado a su poderdante sino cuando éste ratifica lo hecho. Luego, entonces, en uno y otro caso no hay negocio que vincule al mandante ni al poderdante; a nuestros efectos, no hay negocio representativo (que es el que surge entre representado y tercero). Todo ello sin perjuicio de otras consecuencias jurídicas (tal, las que pueda haber entre mandatario o apoderado y tercero: vide artículo 1.725 in fine) (199). Sólo con la ratificación, pues, sólo con la voluntad negocial del *dominus* adquiere el negocio preparado por ese mandatario o apoderado la categoría jurídica que se pretendía o a que aspiraba: y en el orden práctico y funcional, producir para el principal los efectos buscados a través de esa negociación. En cuanto a la situación anterior a la ratificación, creo que en este caso del artículo 1.727-2.º no es otra que lo que tengo dicho tantas veces refiriéndome a la que contempla el 1.259: un iter negocial iniciado e inacabado, falto todavía del consentimiento del *dominus*, que cuando llega, y para ello hay todavía tiempo hábil por tenerlo previsto así el Código, deja completo y perfecto, amén de eficaz con igual plenitud, la figura negocial en cuestión.

(199) No se me oculta que no es unívoca la interpretación que proceda darse a la expresión del artículo 1.725 C. c. cuando hace al mandatario que obre en concepto de tal «responsable personalmente a la parte con quien contrata» cuando «traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes». Entiendo, por mi parte, que esa responsabilidad del mandatario no quiere decir que quede él obligado al contenido negocial en lugar de su mandante (cosa que no podrá ocurrir en la mayor parte de los casos, ya que el mandatario gestiona asuntos ajenos: no podría quedar obligado el mandatario en el caso de que, excediéndose, venda en lugar de arrendar una finca del mandante), sino que deberá responder, dejando indemne al tercero, de los perjuicios que para éste se sigan de la ineficacia del contrato en lo que afecta al asunto gestionado del mandante, y por no quedar obligado éste último.

Distinta es la solución que da a este problema el Derecho Mercantil, por exigencias de la protección del tráfico que es la característica más acusada de su filosofía jurídica. Frente a la solución del artículo 1.727-2.º C. c. e irrelevancia del contrato respecto del mandante (a menos que lo ratifique), con lo que el tercero queda sin los efectos negociales pretendidos (y salva la responsabilidad del mandatario), «en Derecho Mercantil el exceso de poder no perjudica al tercero, sino al representado, quien queda obligado por el contrato juntamente con el representante... Pero al propio tiempo se preocupa (el Código de Comercio) de garantizar al tercero contra las consecuencias del exceso de ese poder, haciendo en tal supuesto responsable no sólo al representante sino al representado (comerciante o naviero) cuando el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o concierna a las necesidades de la navegación» (Garrigues [200]). Efectivamente, así se deduce del artículo 286 del Cod. de Comercio al referirse al factor, y con menos claridad del 620-2.º del mismo Código por lo que respecta a las relaciones de capitán y naviero; Garrigues encuentra la misma línea de pensamiento en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (artículo 76) y Ley de Sociedades de responsabilidad limitada de 17 de julio de 1953 (artículo 11). Hay un caso, sin embargo, en que queda obligado el representante y no el representado, con eficacia (en ese ámbito personal) del contrato: es en el de mandato mercantil (comisión) en que el comisionista contratare en nombre del comitente y éste negare la comisión, en cuyo caso queda obligado aquél con las personas con quienes contrató mientras no la pruebe (artículo 247-2.º Código Comercio); luego si no había tal comisión, o no logra probarla, el comisionista es el único que queda obligado, pero queda efectivamente obligado; por tanto, el contrato sí surte eficacia en ese sentido y término: criterio distinto, como veíamos, al del artículo 1.727-2.º C. c.

Tras esas referencias legales, creo que procede ya hacer un detenido examen de nuestra jurisprudencia, que ya ha invocado y citado aisladamente antes de ahora, para contrarrestar con ella tanto la interpretación que he dado a los artículos 1.259 y 1.727-2.º C. c. como las consideraciones estrictamente doctrinales a que acabo de referirme, todo ello, por supuesto, en función del negocio del representante sin poder y del objeto concreto de nuestra investigación (201) .

(200) GARRIGUES, «Tratado de Derecho Mercantil», t. III, vol. 1.º (Madrid, 1964), p. 151.

(201) Merece, por otra parte, especial atención la posición de nuestra jurisprudencia en esta materia, no sólo porque su doctrina interpretadora de nuestra legalidad ha de tener para nosotros particular importancia y merecer la máxima atención, sino ahora sobre todo, y de una forma especial, porque a partir de una célebre sentencia de los años cuarenta, invocada luego con frecuencia, creó nuestro más Alto Tribunal una visión y calificación de nuestro contrato que constituye una doctrina nueva tan valiosa e interesante como cualquiera otra de las que hemos visto anteriormente, y en no pocos aspectos más plausible que aquellas opiniones doctrinales.

4. EL CONTRATO DEL «FALSUS PROCURATOR» EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Con anterioridad a 1940, no parece haber gran claridad en nuestra jurisprudencia en cuanto a la situación del negocio del *falsus procurator* y de la ratificación. Esta última es equiparada a la confirmación, y hasta confundida con ella: así, en la sentencia T. S. de 7 mayo 1897 se dice que «la ratificación o confirmación de un contrato hecho por la persona en cuyo nombre se hubiere celebrado por un tercero sin poderes para celebrarlo, convalida el contrato desde el momento de su celebración y no desde la fecha de la confirmación, porque ésta recae sobre el acto ya ejecutado, dándolo con el 1.313 C. c.». Parecida confusión se trasluce de la sentencia T. S. de 6 marzo 1906, que también habla de que pueden «válidamente ser confirmados» contratos llevados a cabo por apoderado. Otras veces, en cambio, se hace exclusiva referencia a ratificación (Ss. de 29 de abril de 1892, 30 octubre 1906, 21 octubre 1915, 7 noviembre 1928, 9 mayo 1932...), quedando bien definido que el supuesto de hecho típico del artículo 1.259 C. c. es el de contrato realizado por persona sin poder, o poder insuficiente (202).

A la hora de hablar de la situación de ese contrato, se hace siempre alusión a la «nulidad» sin más explicación ni distinciones, pareciendo recogerse con ello deliberadamente la misma palabra que emplea el artículo 1.259 C. c. Cabe citar en ese sentido las Ss. T. S. de 20 junio 1894 («semejante obligación es nula y de ningún valor ni efecto para el poderdante en los contratos en que el apoderado interviene con extralimitación manifiesta...»), 6 marzo 1906 («la cuestión de si rebasó o no los límites del mandato es una cuestión de nulidad ordinaria...»), 30 octubre 1906 («los vicios de nulidad del expresado contrato y en la aplicación del artículo 1.259 en su párrafo 2.º...»); «... acerca de los vicios de nulidad que tuviera el contrato de 7 enero 1903, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.259»), 7 noviembre 1928 («el artículo 1.259 C. c. declara nulos los contratos celebrados a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, a no ser que lo ratifique la persona...»), 9 mayo 1932 («... sería acto nulo si no lo ratificara la persona a cuyo favor se hacía la entrega...»); sin ninguna alusión a categoría alguna de ineficacia distinta de la nulidad en ninguna de las quince sentencias de ese período (1889-1940) que conozco y he manejado; en varias de ellas, las no citadas, no se hace alusión siquiera a nulidad, por no requerirlo la índole del asunto o la fundamentación de la sentencia.

La sentencia T. S. de 14 diciembre 1940 abre una nueva época en el orden jurisprudencial y para nuestro problema. Se abordaba en la misma la cuestión de la validez de un contrato de venta de mineral a

(202) En ninguna de esas resoluciones tiene gran importancia el supuesto de hecho que motiva la doctrina a que aludo en el texto, por lo que hago deliberada omisión de la relación de los hechos que dieron lugar a tales sentencias y doctrina, en aras de la brevedad.

una sociedad, en cuyo otorgamiento por la parte vendedora había intervenido uno sólo de varios coherederos sin poder de los demás, enfrentándose la tesis de la convalidación del contrato por ratificación de todos los interesados que no intervinieron en él, y la de que no existió ratificación a efectos legales por no reunirse los requisitos exigidos por el artículo 1.313 C. c. Era preciso, pues, distinguir claramente la ratificación de la confirmación; y esa sentencia lo hizo por primera vez en nuestra historia jurisprudencial, dejando bien sentado que «dicha ratificación prevista en el 2.º apartado del artículo 1.259 C. c., no menos que en el también 2.º apartado del artículo 1.727, no puede ser confundida con la confirmación de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 al 1.313 C. c., ya que esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a posteriori, cual es el consentimiento del principal o representado...» (203). Distinción ésa entre ratificación y confirmación, o entre contrato del *falsus procurator* y contrato anulable, en la que insistiría luego la sentencia T. S. de 25 junio 1946, perfilando mejor la situación del primero sobre la base de las conquistas de otras sentencias intermedia (de 7 julio 1944 y 29 enero 1945), que habían iluminado definitivamente el camino, diciéndose ya, en la aludida de 1946, que «en el supuesto del artículo 1.259, que es de inexistencia como tiene declarado esta Sala, no existe contrato por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporte el de la persona a cuyo nombre se contrató, mientras que en la confirmación el contrato existe por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez...» (204).

(203) La mencionada sentencia T. S. de 14 diciembre de 1940 dice textualmente en su segundo Considerando, del que se ha tomado el párrafo transcrito en el texto, lo siguiente: «CONSIDERANDO: que aunque presente no pequeñas dificultades, en la doctrina y sobre todo en nuestro derecho patrio, la construcción jurídica de la ratificación de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del representado, sin autorización representativa o extralimitándose del poder, no cabe duda que dicha "ratificación" prevista en el segundo apartado del artículo 1.259 del Código Civil, no menos que en el también segundo apartado del artículo 1.727, no puede ser confundida con la "confirmación" de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 al 1.313 del propio Cuerpo legal, ya que esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer "a posteriori", cual es el consentimiento del principal o representado; lo que no obsta para que la ratificación tenga en algunos puntos, marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo como ésta ser tácita, según explícitamente lo admite el artículo 1.727, apartado segundo de la repetida Ley substantiva y lo tiene reiteradamente reconocido la jurisprudencia de esta Sala, y siéndole propio un efecto retroactivo, análogo al de la confirmación, según fue declarado por la sentencia de este Tribunal de 7 de mayo de 1897.»

(204) Discutiase en el pleito que resuelve esta sentencia sobre la validez de unos contratos otorgados por algunos de los herederos de cierto causante, sin acuerdo de otro, con adjudicación de bienes en pago de deudas reconocidas contra

He ahí, pues, clara la primera diferencia —que será ya siempre nota característica para nuestra jurisprudencia— del contrato del artículo 1.259 C. c.: que no existe todavía como verdadero contrato a falta de un elemento esencial para su nacimiento, el consentimiento de una de las partes, elemento que puede aparecer «a posteriori» por vía de ratificación. Otras diferencias, según esta última sentencia: en el contrato del artículo 1.259 la parte que contrata en nombre propio puede revocar su consentimiento antes de la ratificación por no haber todavía vínculo en defecto de la concurrencia de las dos voluntades, mientras que el negocio anulable (confirmable) no puede ser denunciado por la parte cuyo consentimiento no estaba viciado; y de otro lado, la ratificación refleja negocios jurídicos que frente al ratificante nunca han existido, mientras que la confirmación se refiere a negocios cuyo vicio no ha impedido la existencia (205) (206).

la herencia. La Audiencia declaró la inexistencia de aquellos contratos y la pertenencia de los bienes adjudicados en pago de deudas, a favor de la herencia, debiéndose incluir tanto deuda como bienes en la testamentaría del causante. Impugnada la sentencia de la Audiencia en casación por la sociedad a la que se habían adjudicado los bienes en pago de la deuda —sosteniendo la recurrente la validez de aquellos contratos por estimar que concurrían los tres elementos esenciales, aunque el consentimiento adolecía de error por creer la heredera que otorgó el contrato que contaba con la conformidad de todos los herederos—, fue desestimado el recurso.

(205) Merece la pena transcribir íntegro el Considerando cuarto de la Sentencia de 25 de junio de 1946, donde recoge ordenadamente las diferencias a que aludo en el texto entre ratificación y confirmación. Es del siguiente tenor: «CONSIDERANDO: Que, a estos efectos, no cabe confundir la figura de la ratificación del artículo 1.259 con la confirmación del artículo 1.310 del Código Civil, como pretende el recurrente: primero, porque en el supuesto del artículo 1.259, que es de inexistencia, como tiene declarado esta Sala, no existe contrato, por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató, mientras que en la confirmación el contrato existe, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.310, por darse en él todos los requisitos esenciales para su validez. Segundo, porque, en los contratos ratificables, la parte que contrata en su propio nombre tiene la posibilidad de separarse del convenio, revocando su consentimiento antes de que se produzca la ratificación por lo mismo que, hasta ese instante al no haberse producido la concurrencia de las dos voluntades, no existe vínculo obligatorio alguno; en tanto que los contratos confirmables tienen virtualidad desde que se perfeccionan, no pudiendo ser denunciados por la parte cuyo consentimiento no estaba viciado, en tanto no sean impugnados por la única que podría hacerlo, al amparo del artículo 1.302, la que por disponer de la acción de anulabilidad, únicamente podría confirmarlos, sin precisar del concurso de la otra, a tenor de lo preceptuado en los artículos 1.309 y 1.310 del Código Civil. Tercero: porque en cuanto al contenido jurídico de ambas instituciones, la confirmación ha de tener forzosamente efecto retroactivo, no sólo por imperio de lo expresado en el artículo 1.313 del Código Civil, sino también porque es lógico que así sea, desde el momento en que la confirmación no afecta para nada a la perfección del contrato, sino a la purificación de los vicios de que adolecía, mientras que en la ratificación, sobre no existir precepto en que explícitamente se señale su retroactividad —aunque en principio deba ésta inferirse de los términos en que está concebido el artículo 1.259— cabe que el interés de tercero, por derechos adquiridos en el ínterin, impida la retroacción; y, finalmente que la confirmación se refiere a negocios jurídicos cuyo vicio no ha impedido la existencia y por ello, tiende sólo a sanarlos, en tanto que la ratificación refleja negocios jurídicos que, frente al ratificante, nunca han existido, doctrina ésta afirmada ya por esta Sala en sus sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944».

Sin embargo, la sentencia más importante, la que por su calidad dio lugar a lo que podríamos llamar una nueva tesis o dirección en la calificación del contrato del *falsus procurator*, creando al propio tiempo verdadera y propia doctrina jurisprudencial que se ha reiterado desde entonces con rara uniformidad, fue la de 7 julio 1944, de la que fue ponente Castán Tobeñas. La situación fáctica que contemplaba era la siguiente: un viudo otorgó poder para las operaciones de testamentaría de su esposa, y el apoderado cedió en escritura pública a los hijos de aquél la parte que correspondía al poderdante en los gananciales del matrimonio disuelto, a cambio de una pensión anual, que el poderdante viudo percibió de sus hijos por virtud de aquel contrato hasta su muerte; pasado aquél a segundas nupcias, la esposa, a la muerte de dicho poderdante, pretendió que se incluyesen en la herencia del mismo los bienes que comprendía la citada cesión, fundada en que no estaba facultado para hacerla el apoderado, cuyo poder se limitaba sólo para las operaciones de la testamentaría. El Tribunal «a quo» entendió que, no obstante, la deficiencia de poder con que actuó el apoderado, el contrato de cesión de bienes quedó convalidado y eficaz por la ratificación del poderdante, que lo aceptó y cumplió, percibiendo la pensión. Interpuesto recurso de casación, no se dio lugar al recurso. Razonaba la sentencia dicha: «si bien el apartado 2.º del artículo 1.259 C. c. dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, y esta nulidad puede, en principio, ser equiparada, más que a la anulabilidad del artículo 1.300 del propio Cuerpo legal, a la inexistencia, en cuanto al faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato, es de tener muy en cuenta que ese mismo artículo 1.259 y el 1.727 en su apartado 2.º, a modo de excepción a esa tesis inicial, admiten que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación o con extralimitación de poder, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una «conditio iuris», de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, y por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél; y esta doctrina, afirmada ya por esta Sala en su sentencia de 14 de diciembre de 1940 —que explicó el mecanismo de la ratificación, conceptuándola como el medio por el que se confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial (el consentimiento del principal o representado), pero que puede aparecer a posteriori— priva de toda virtualidad al motivo segundo de este recurso...».

(206) Esta clara distinción de figuras y situaciones parece haber quedado ya como conquista definitiva en nuestro Derecho, sin otra salvedad que algún aislado caso, anecdótico y sin mayor trascendencia (por ej., la sent. T. S. de 3 de marzo de 1942 que aludía a «constituir la ratificación una variedad de la confirmación "lato sensu" aplicada a los contratos celebrados en nombre ajeno sin representación o excediéndose de la conferida...»).

Esta doctrina se ha reproducido en numerosas sentencias posteriores, en algunas con transcripción literal o casi plena de las palabras de la de 7 de julio de 1944; así, en las de 29 enero 1945, 5 diciembre 1959, 10 octubre 1963. Y en su mentalidad, su misma doctrina, también, aunque con otras palabras, está en las de 25 de junio de 1946, 4 de enero 1947 (curiosa e interesante porque distingue la «nulidad» del contrato del *falsus procurator* de la del negocio afecto de nulidad absoluta, tipificable en el antiguo artículo 4.º, actual artículo 6.º, 3 C. c.), 5 de abril de 1950, 16 de abril de 1952, 13 de marzo de 1953, 27 de mayo de 1958, 21 de octubre de 1958, 6 de junio de 1959, 28 de junio de 1962, 8 de octubre de 1962, 29 de marzo de 1963, 6 de abril de 1964, 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966, 5 de febrero de 1969 y 30 de septiembre de 1972, a que haré referencia seguidamente.

De la doctrina sentada en las sentencias mencionadas, partiendo de la fundamental de 7 de julio de 1944, y haciendo una especie de interpretación sistemática de dicha resolución en relación con lo dicho en las otras sentencias atinentes a la misma materia, creo que puede sacarse las siguientes conclusiones:

1.ª La nulidad a que se refiere el artículo 1.259, y a la que aludía la anterior jurisprudencia sin mayores precisiones, es entendida ahora por nuestro Tribunal Supremo, no como nulidad plena o absoluta (en el sentido técnico y más preciso de esa categoría jurídica), sino que «puede, en principio, ser equiparada a la inexistencia, en cuanto al faltar el consentimiento de una de las partes no puede haber contrato» (sentencia 7 de julio de 1944; en idéntico sentido y términos, las de 8 de octubre de 1962, 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966...). En todo caso, no cabe confundir esa nulidad equiparable a inexistencia ni con la anulabilidad (distinción bien clara a partir de la sentencia de 14 de diciembre de 1940) ni con la nulidad absoluta ex artículo 4.º C. c. (actual artículo 6, 3) y demás, como puso de manifiesto la sentencia de 4 de enero de 1947 (207).

2.ª Aquella situación es equiparable a inexistencia, en cuanto «todavía no existencia», pero no se trata de una verdadera y propia inexis-

(207) «CONSIDERANDO que la confirmación de los contratos, de conformidad con lo que previene el artículo 1.310 C. c. solamente puede tener aplicación a los contratos meramente anulables, o sea a los que reúnen los requisitos expresados en el artículo 1.261, pero no a aquellos que por haberse celebrado contrariando una prescripción legal, fundada sobre motivos de orden público, son nulos con nulidad absoluta o de pleno derecho, por lo cual los actos enunciados por el recurrente como demostrativos de la confirmación del contrato, aunque tuvieran por sí mismos virtualidad suficiente para producir tal efecto, carecerían de ella en este caso por impedirlo la naturaleza de la nulidad de que el contrato está afectado, y tampoco puede implicar su ratificación, porque la ratificación es un concepto que se refiere al supuesto del artículo 1.259 C. c. y rige para aquellos contratos celebrados a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, pero en el caso actual, hubiera o no mediado la autorización del Juez al administrador, el contrato sería igualmente nulo si no se había celebrado bajo la única forma que la Ley admite, que es la subasta pública judicial, formalidad que no se cumplió, pues el Administrador y los demás intervinientes en el contrato lo celebraron privadamente, al margen de toda intervención o autorización judicial para la subasta...»

tencia del negocio en sentido técnico, o sea, la que a veces se predica de un negocio o contrato terminado que adolece de falta de un elemento esencial de los que llevan aneja esa sanción. Y que no es verdadera inexistencia lo dice con claridad la sentencia 7 de julio de 1944: «... y esta posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión...» (en idéntico sentido, Ss. 29 de enero de 1945, 5 de diciembre de 1959, 10 de octubre de 1963...). Entiendo esa alusión jurisprudencial a «inexistencia» como equivalente a «no existente aún», no sólo porque es el único sentido que cabe darle, tras decir, primero «equiparable a inexistencia» y luego «no un acto propiamente inexistente», sino porque eso da a entender más explícitamente la sentencia de 25 de junio de 1946, al decir que «no existe contrato por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató» —y más adelante caracteriza al negocio ratificable como «negocio jurídico que, frente al ratificante, nunca ha existido»—, dejando claramente entrever que se trata de un contrato inacabado: le falta algo que todavía puede llegar, para lo que aún hay tiempo y conducto hábil (208).

3.^a El negocio llevado a cabo por representante sin poder suficiente no es válido antes de la ratificación: «si la ratificación se da, se considerará el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquél» (sentencia de 7 de julio de 1944 y demás homólogas citadas): luego antes de la ratificación no es todavía «válido y eficaz», palabras que pueden equivaler a «completo y perfecto». Es importante subrayar esto, para relacionarlo con la referencia que esa misma jurisprudencia hace a «negocio en estado de suspensión, subordinada a una «*conditio iuris*»...», porque ello no obstante, es evidente que la dirección jurisprudencial comentada no puede adscribirse a la teoría que profesaban Zimmermann, Karlowa, Oertmann y otros (y buen número de autores patrios que la siguen), pues para esta teoría el negocio es perfecto, completo, aunque ineficaz, condicionada su eficacia al advenimiento de la ratificación («*conditio iuris*»). Para nuestra jurisprudencia, la ineficacia actual del contrato del artículo 1.259 es la propia del negocio que no ha llegado todavía a serlo, que no existe aún como entidad jurídica autónoma y propia, porque le falta un elemento esencial, que todavía puede llegar; y este elemento aún deficiente, en cuanto requisito legalmente exigido, es la «*conditio iuris*» o requisito legal a cuya aparición queda subordinada la validez (léase perfección) del contrato. La «*conditio iuris*», pues, no será tanto una

(208) Situación de incompleto que parece quedar aludida también cuando en numerosas sentencias de las citadas se alude a «un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinada a una «*conditio iuris*»...: lo único suspendido es el curso o «*iter*» negocial hasta que llega esa «*conditio iuris*» que no es otra cosa que el elemento consentimiento deficiente todavía; y cuando ese «*iter*» negocial suspendido se completa, el negocio deviene válido y eficaz, es decir, perfecto en cuanto completo en todos sus elementos.

condición —ni siquiera impropia— a la que queda subordinada sólo la eficacia del contrato, cuanto un requisito legal esencial (209) o elemento del negocio por llegar, y que si no llega, deja al negocio «nato», no hay negocio: nulo = inexistente.

4.^a El consentimiento del representado es fundamental al negocio representativo: sin él no hay negocio (inexistencia); y con él, lo que no era todavía negocio, se convierte en negocio válido y eficaz. Esta idea está presente en todas las sentencias citadas tantas veces, que huelga repetir ahora.

5.^a La posibilidad de que el consentimiento del representado llegue bajo esa forma ulterior de la ratificación, y que para este tipo de contrato (el representativo) es indiferente que llegue antes o después, ya que ambos momentos son hábiles y en todo caso es igualmente eficaz —la «indiferencia cronológica» de que hablara Graziani—, es algo que aparece evidente en nuestra jurisprudencia y que han sancionado numerosas sentencias de las que ya conocemos: la de 14 de diciembre de 1940 («... la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer «a posteriori», cual es el consentimiento del principal...»), 7 de julio de 1944 (que se remite a la anterior y reproduce sus palabras), 29 de marzo de 1963 («... si bien éste puede prestarse a posteriori mediante la ratificación...»), 10 de octubre de 1963 (en términos similares), 13 de diciembre de 1965, 11 de junio de 1966..., hasta la de 31 de marzo de 1971 (segunda sentencia, tras la que casó la recurrida de instancia), donde se dice que «la prestación del consentimiento contractual, elemento indispensable de todo acto jurídico de esta clase a los efectos del número 1 del artículo 1.261 C. c., puede hacerse no sólo de modo directo sino también a través del mecanismo de la representación, en cuyo caso la repercusión de consecuencias jurídicas respecto del representado puede tener lugar por los dos procedimientos previstos en el artículo 1.259 del propio Código, es decir, bien porque exista una autorización concreta para el asunto de que se trate o bien porque aun no existiendo, el interesado a quien afecte, ratifique y confirme lo que sin expreso poder se hizo en su nombre...».

En conclusión: creo que la línea de nuestra jurisprudencia en cuanto posición doctrinal en el problema que nos ocupa puede resumirse,

(209) Tampoco para HERNÁNDEZ GIL la «conditio iuris» de que habla el Tribunal Supremo es verdadera condición, ni el negocio condicional. «Pese a esa configuración de los contratos cuestionados en cierto grado de semejanza con el negocio jurídico o contrato condicional, no puede sostenerse, sin embargo —ni el Tribunal Supremo lo sostiene— que haya una plena identidad. Empieza porque la condición que nos ocupa es de las denominadas impropias («conditio iuris»). Pero, sobre todo, importa señalar lo siguiente: la condición (y en concreto la suspensiva) en su sentido técnico y propio no es un elemento integrante del negocio jurídico; el negocio jurídico subordinado a una condición suspensiva es válido desde que se concluye, si reúne los requisitos exigidos, a los que no afecta para nada la condición... Pero, según hemos razonado en las líneas precedentes, a nuestro juicio, antes de la ratificación el contrato carece incluso de una validez provisional. Por tanto, con la ratificación, no sólo adquiere eficacia —como sucede en el puro contrato condicional—, sino también validez...» (Comentario a la sent. T. S. 29 enero 1945, en *Rev. Gen. Legisl. y Jurisprud.*, 1945, pp. 618-619).

a mi modo de ver, así: el contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación se halla en una situación especial, típica y única («carácter especial», dice la sentencia de 7 de julio de 1944): no existe todavía porque no está terminado, le falta un elemento esencial, el consentimiento de uno de los interesados, que todavía está a tiempo de incorporarse a este iter negocial iniciado y ya de largo recorrido; es ineficaz en cuanto imperfecto o inacabado, y su eficacia, como su perfección, están subordinados, es obvio, a la llegada del consentimiento que falta, llegado el cual el negocio deviene perfecto, válido, y por tanto, eficaz (como cualquier negocio perfecto o completo), pero si no llega a tiempo —antes de la revocación por el tercero—, aquello que prometía o aspiraba a ser un contrato (negocio), se ha quedado en nada, no «es», «nullum est», es nulo (inexistente).

He mostrado ya antes de ahora mi posición personal en relación con todas estas cuestiones, y por mi proximidad a la línea que mantiene nuestra jurisprudencia —cuya interpretación creo sinceramente no haber forzado para aproximarla a mí: antes al contrario, mi propio punto de vista y opinión se han ido formando a partir, entre otros, del estudio de aquella doctrina jurisprudencial—, es obvio que, en un ineludible valoración crítica, mi juicio sea abiertamente aprobatorio, y hasta me atrevo a decir que la visión doctrinal que hay detrás de toda esa jurisprudencia, coherente y uniforme, encabezada por la importante sentencia de 7 de julio de 1944, no cede en calidad a ninguna de las teorías que hemos visto en su momento; se distingue de todas ellas, no obstante su mayor proximidad a alguna, y supera los inconvenientes de casi todas con notable soltura y buen tino.

Pero mucho más importante que mi opinión aprobatoria de esta jurisprudencia es la adhesión que ha encontrado en buena parte de nuestra doctrina, que hace suya la de aquella. Así, Castán (210) (cosa explicable, por ser él mismo el «padre» de la sentencia de 7 de julio de 1944, de la que fue ponente), Roca Sastre y Puig Brutau (211), que reproducen íntegramente el razonamiento de la sentencia dicha, Puig Brutau al estudiar la diferencia entre confirmación y ratificación (212), Bonet en su comentario a la misma sentencia de 1944 (213), Hernández Gil en su notable comentario a la sentencia de 29 de enero de 1945 (214).

No menos significativo que esa aprobación de la doctrina es el hecho

(210) «Derecho civil español...», t. I, vol. 2.º, p. 584 (8.ª ed., 1952).

(211) «Estudios de Derecho privado», vol. I (Madrid, s/f.), p. 473.

(212) «Fundamentos de Derecho civil», t. II, vol. 1.º, p. 333.

(213) *Rev. Derecho Privado*, 1944, pp. 795-796 («el Tribunal Supremo, siguiendo el camino trazado por su sentencia de 14 diciembre 1940, acoge los últimos avances científicos, llegando a una construcción jurídica perfecta»: con esas palabras concluye su comentario).

(214) *Rev. Gen. Legisl. y Jurispr.*, 1945, p. 613 y ss. Al referirse a la sentencia que comenta este autor, y a las de 14 de diciembre de 1940 y 7 de julio de 1944, dice que a través de ellas ha elaborado nuestro Tribunal Supremo sobre nuestro Derecho positivo «una sugestiva concepción de la ratificación de los contratos (más ampliamente de los negocios jurídicos) en los casos de la denominada gestión representativa» (p. 614).

de que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya acogido en su resolución de 3 de marzo de 1953 (215), y como fundamento de ésta, la misma construcción teórica de la figura en cuestión, con expresa referencia a sentencias que nos son ya bien conocidas por reiteradamente citadas aquí.

5. CONCLUSIÓN

Creo, en conclusión, que a la vista de nuestro ordenamiento jurídico y su interpretación jurisprudencial, y con referencia al mismo, parecen correctas, defendibles y viables, las ideas que anteriormente había expuesto en un planteamiento eminentemente teórico sobre la estructura del negocio del *falsus procurator*, y el papel que en el mismo desempeñan los distintos protagonistas y voluntades en juego. De todo ello, creo poder deducir ya que el contrato del representante sin poder antes de la ratificación —tras cuya naturaleza, sentido de esa situación, vamos desde el principio— no es sino una parte de cierto camino negocial todavía no concluido, al que falta parte del total consentimiento negocial necesario para la perfección del negocio (contrato): el consentimiento del representado, precisamente; situación protegida por el Derecho, porque éste lo tiene previsto como camino o medio hábil para la autorregulación de intereses privados. Pero en cuanto negocio incompleto, imperfecto, no produce los típicos efectos negociales, los previstos para el negocio concreto cuyo iter quedó inacabado (lo que no impide que produzca algún otro efecto menor). En ese sentido puede llamarse ineficaz: lo es en tanto en cuanto no produce los efectos propios de un negocio perfecto y completo, aquellos que como tal produce normal e institucionalmente.

Mas ello no quiere decir que aún en esa situación de imperfección e ineficacia nuestro negocio sea todavía irrelevante jurídicamente, aunque quedara así y antes de su perfección.

El negocio del *falsus procurator* no produce, ciertamente, los efectos propios del tipo negocial de que se trate, pero no deja de producir, sin embargo, algún efecto aún antes de la ratificación (216); y a ello

(215) «Considerando que la ratificación produce, en general, efectos «ex tunc» entre las partes contratantes, que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia, referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una «conditio iuris»; y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1.259 C. c., como ha puesto de relieve la jurisprudencia, entre otras en las Ss. de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944 y 16 de marzo de 1952».

(216) Cual sea la naturaleza de esas consecuencias jurídicas, todavía no efectos negociales, de la actuación del *falsus procurator* y tercero, no es cosa clara, ni es cuestión bien estudiada. Sin poder (ni querer) penetrar ahora en ese sugestivo tema —que merece mucha mayor atención, como los varios puntos que seguidamente sugiero, más que abordo, en el texto—, creo que esos «pre-efectos» aludidos son, o guardan gran relación con lo que la doctrina, desde los estudios de FITTING («Ueber dem Begriff der Rückziehung», Erlangen, 1856, p. 21 y ss.: citado por GRAZIANI, op. loc. cit., p. 30) y IHERING («Ueber die passiven Wirkun-

me he venido refiriendo en más de una ocasión cuando he hablado de «cierta vinculación», «especial situación», «status particular», «determinadas consecuencias jurídicas»... ¿Cuáles son éstas? Apuntaré algunas —sólo puedo ahora apuntarlas, pues abordarlas con algún detenimiento exigiría una extensión quizá semejante a la ya excesiva de este trabajo— sin ánimo exhaustivo ni otra pretensión que la de sugerir, por ahora, puntos de meditación:

1.^a Aunque por no haber todavía contrato (negocio), no puede hablarse de «vínculo contractual», no deja de haber, sin embargo, cierta vinculación, ciertos lazos jurídicos muy sutiles que no llegan a vínculo obligacional, pero que tiene una entidad jurídica difícil de calificar por ahora (deliberadamente, no entro en ello): el tercero necesita «revocar» (artículo 1.259-2.º «in fine») para quedar plenamente libre y desvinculado de lo hecho, pues en defecto de revocación puede quedar sometido a una tardía y siempre posible ratificación del *dominus* (217).

2.^a Ello nos lleva inmediatamente a otro problema: ¿cuánto tiempo puede durar esa vinculación?; ¿hasta cuándo puede ratificar el *dominus*? En principio, puede señalarse por falso representante y tercero un límite temporal para la ratificación (y ello es buena muestra de que hay cierta vinculación, y con ella cierta eficacia jurídica en lo hecho por aquellos). O puede ponerla el tercero, quien puede invitar o conminar al *dominus* para que se pronuncie acerca de si ratifica o no: el Código italiano así lo prevé, llegando a interpretar el silencio del *dominus* como negativa.

3.^a Que puede revocar el tercero, es evidente en nuestro ordenamiento (artículo 1.259-2.º); pero ¿puede hacerlo el *falsus procurator*? La cuestión no es fácil, y ha sido ampliamente discutida, sobre todo en Italia, juntamente con la de la revocabilidad por el tercero, o por ambos conjuntamente, menos clara allí. Quede el problema planteado como expresión de aquel «status especial» a que me he referido.

4.^a Otro tipo de vinculación: en cuanto al contenido negocial. Determinado éste por *falsus procurator* y «la otra parte contratante», nadie puede tocarlo unilateralmente: ni ellos dos por separado (creo que sí, si actúan de acuerdo, antes de la ratificación), ni el *dominus*; y ni siquiera *dominus* y tercero, pues si éstos lo modifican, ya no es aquel negocio, sino uno nuevo y normal, realizado por ello de nueva planta. El contenido objetivo quedó, pues, delimitado, y queda intangible hasta la ratificación; vincula durante ese tiempo y en dicho sentido y alcance.

5.^a Y aún cabría hablar de los límites o alcance personal de esa vinculación y efectos: entiendo que afectan a los causahabientes del

gen der Rechte», *Jahrbücher f. die D.*, t. X, p. 387 y ss.) viene llamando efectos preliminares del negocio jurídico. Sobre éstos, con visión más amplia y moderna, vide SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 283 y ss.

(217) Que puede serle incluso notablemente perjudicial si las circunstancias económicas tenidas en consideración en el momento de negociar con el *falsus procurator* han cambiado; pero a la vista de nuestro artículo 1.259 C. c. parece inevitable deducir que a falta de revocación, la ratificación ulterior consolidaría el contrato haciéndolo completo y eficaz.

dominus y del tercero en la misma forma y términos que a éstos, pues aquéllos pueden ratificar y revocar lo hecho por el falso representante en idénticos términos que sus respectivos causantes, ya que la situación jurídica creada y las expectativas jurídicas que comporta son susceptibles de valoración económica y quedan incorporadas en ese estado al caudal relicto, y así pasan al causahabiente, que frente a ellas se encuentra en la misma posición jurídica que su causante.

6.^a Otro efecto jurídico, para el caso de que no se produzca la ratificación: la responsabilidad en que haya podido incurrir el *falsus procurator*, en algún caso (no siempre: creo que no la habrá cuando el tercero conociera la falta o insuficiencia de poder; en ello influirá mucho la buena o mala fe de ambos), y respecto de los perjuicios que haya podido causar a «la otra parte contratante», que ha visto defraudadas unas expectativas y una confianza a que aquella actuación dio lugar (otros contratos perdidos...). Nuestro Código lo prevé (artículo 1.725) sólo para el caso de extralimitación de poder, pero no hay inconveniente en aplicarlo por analogía, y con más motivo, al caso de falta total del mismo. La doctrina discute si se trata de una propia «culpa in contrahendo», y habla de indemnizar el llamado «interés contractual negativo» solamente (no el positivo), extremos que no nos interesan ahora sino para subrayar una vez más aquella especial situación y vinculación.

Hemos dicho muchas veces que sólo en una cosa estaba de acuerdo la doctrina: en que el negocio de constante referencia no afectaba al *dominus*, no le era oponible, no producía efectos negociales. Vimos cómo esa ineficacia fue atribuida a nulidad, anulabilidad, incumplimiento de una condición o «conditio iuris»..., con la frecuente e incomprensible confusión entre lo funcional y lo estructural (218). Creo haber demostrado que nuestro contrato (negocio), lejos de ser perfecto —como llegó a decir alguien—, se halla incompleto, a falta de un requisito esencial (consentimiento) que todavía puede llegar, aún es tiempo hábil para ello: se halla inacabado, aunque por buen camino. Por eso no puede ser todavía plenamente eficaz. Pero sólo en ese sentido —y dejando siempre a salvo los limitados efectos no negociales— es ineficaz.

(218) Efectivamente, hay que distinguir con claridad esos dos planos, perfectamente diferenciables, aunque interrelacionados: la ineficacia se refiere a lo funcional, sin abordar el problema de su causa; ésta suele estar anclada en la estructura del negocio, en sus elementos o requisitos. Hablar simplemente de ineficacia, como hacen algunos, es hoy decir demasiado poco; no podríamos conformarnos ya con eso.

Las cláusulas de estabilización en los pagos internacionales

(Noticia de la LVII Conferencia de la "International Law Association")

1. Durante la última semana del mes de agosto y los primeros días del de septiembre tuvo lugar en Madrid, dentro del recinto de la Universidad Complutense, la LVII Conferencia de la "International Law Association" —que tiene su sede en Londres— y a la que acuden sus miembros más distinguidos. Ostentaba la presidencia de esta reunión internacional, el presidente del Comité español, el muy ilustre jurista doctor don Antonio Rodríguez Sastre.

Al privatista no le puede pasar desapercibido uno de los temas tratados en su sección de Derecho monetario internacional, tanto por la importancia teórica como práctica que tiene en su desarrollo y empleo en las transacciones internacionales, ya sean financieras del empleo e inversión de capitales, como de las relaciones contractuales; son las llamadas "cláusulas de estabilización" del valor monetario. Dicha sección, que estuvo integrada por los grandes especialistas mundiales en la materia, como su ilustre presidente, el profesor Hahn, así como sus redactores, los profesores Carreau y Treves, además de los miembros que la componían, los profesores Collin, Dach, Evan, Gutzwiller, Hjernner, Mann, Ohtori, Schnitzer y otros, elaboró un texto muy significativo, basado en la *praxis* internacional actual.

2. Dicha *praxis* viene acaeciendo desde que Norteamérica, bajo la égida del presidente Nixon, el 15 de agosto de 1971, decidió no proceder a la convertibilidad del dólar en oro, declarando así su inconvertibilidad, lo que provocó la quiebra y desaparición del sistema adoptado en "Bretton Woods" por los países aliados en la segunda guerra mundial y comienza toda una etapa de "cambios flotantes" para las operaciones y pagos internacionales del mundo occidental.

Ante dicho panorama, bajo el signo de los particularismos y de las contradicciones, tanto como de un relativo desconcierto internacional en el ámbito monetario; al existir dos precios del oro, uno oficial y otro paralelo o comercial, aparecen los llamados "derechos especiales de giro" (Special Drawing Right), a los que el Fondo Monetario Internacional les otorga una nueva definición y una valoración (1 julio 1974).

Las Conferencias de Nueva Delhi (1974) y de Jamaica (1976) tratan de conseguir un estatuto legal y de poder llegar a una regulación de la situación de "flotación" del valor de las monedas, además de proponer la abolición del precio oficial del oro. Mientras tanto, la inflación se va incrementando en los países industrializados hasta oscilar entre cotas que van del 5 hasta el 25 por 100.

3. Las repercusiones que la inflación tiene en la economía de los pueblos y, más concretamente, para las operaciones de crédito y los pagos internacionales,

donde deudores y acreedores ven constantemente alteradas las bases valorativas de sus monedas de pago dentro de cortos intervalos de tiempo, tanto en sus operaciones al contado como en las realizadas a plazos, hizo necesario que se tratara de remediarlas.

El remedio, una vez más, viene del ámbito jurídico patrimonial, de sus modalidades y técnicas de contratación a través de pactos y cláusulas que la práctica instrumental, asistida por las asesorías especializadas (de grandes empresas o bien notarial) tratan de incluir formalmente en las transacciones con el fin de defender el poder adquisitivo del precio de los bienes dados en contrapartida. Estos instrumentos paccionados son las llamadas "cláusulas de estabilización" o cláusulas de valor monetario, también conocidas por nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo como "cláusulas de actualización".

4. Las cláusulas de estabilización aparecieron con las primeras y fuertes alteraciones monetarias (desvalorizaciones y depreciaciones) que tuvieron las monedas en el ámbito del sistema capitalista e industrial, aunque han de popularizarse más tarde con las alteraciones monetarias resultantes de los dos conflictos bélicos mundiales del siglo xx.

La quiebra del valor nominal de las monedas, primero, y la aparición de su distinto valor comercial, después, dentro de una misma área nacional, conduce a que las partes contratantes se prevengan para sus futuros negocios conmutativos y de tracto sucesivo pactando una cláusula contractual en sus operaciones y negocios, según la cual el precio a pagar de una determinada cantidad de dinero, oscile en más o en menos, de acuerdo con el precio que adquiera un determinado índice económico que sea muy sensible y se actualice constantemente (el del nivel medio de vida, etc) o bien de acuerdo con unos productos naturales o industriales (el oro, la plata, el trigo, el petróleo, etc.), o ya manufacturados (el pan, el aceite, etc.).

Si en el ámbito internacional añadimos al riesgo del distinto valor, o de la alteración constante por la flotación del cambio de las diversas monedas, las alteraciones monetarias nacionales que repercuten en el valor adquisitivo de su moneda nacional, nos encontramos ante el planteamiento de la problemática que abordó el Comité de Derecho monetario internacional de la "International Law Association" en su conferencia de Madrid (1).

5. Al haberse utilizado ya como índice de actualización del pago del precio de las operaciones internacionales, el oro y otros productos, que por su actual labilidad, especialmente especulativa, no son portadores de una cierta conmutabilidad de valores de las correspondientes prestaciones de las partes contratantes, esta Conferencia de Madrid se decide el aconsejar que en las transacciones se

(1) Cfr. COMMITTEE ON INTERNATIONAL MONETARY LAW: *Value clauses in international operations*. Report (1976). Sobre esta problemática; SILARD, *Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales*, en "Clunet" 99 (1972), p. 213 ss.; TREVES, *Les clauses monétaires dans le émissions d'euro-obligations*, en "Les Euro-Obligations Eurobonds". Paris, 1972, p. 125 ss.; HAHN, *Geldwertsicherung im Recht der Internationalen Wirtschaft*, en "Festschrift für Johannes Bärmann" (1975), p. 395 ss.; CUDDY, *International price indexation*. Farnborough, 1976; HORN, *Monetäre Probleme im internationalen Handel und Kapitalverkehr. Rechtliche und Wirtschaftliche Risikokontrollen*. Baden Baden, 1976; ZEHETNER, *Geldwertklauseln im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*. Tübingen, 1976.

utilicen y pacten cláusulas de estabilización en las que su índice valorativo para los pagos de las operaciones internacionales sean los "derechos especiales de giro".

Los "derechos especiales de giro", después de su creación hasta posteriormente, el 1 de julio de 1974, fueron concretados como una unidad de valor equivalente a 0,888671 gramos de oro fino, correspondiendo con el contenido de oro del dólar de los Estados Unidos en vigor el 1 de julio de 1944, día de la apertura de la Conferencia de Bretton Woods. De este modo, los "derechos especiales de giro" resultan una cláusula valor oro o una cláusula valor dólar americano.

La crisis del dólar, después de la declaración de su inconvertibilidad, en 1971, y ante las alteraciones del precio del oro (oficial y comercial), apareciendo la "flotación" en el valor y del precio de las diversas monedas, condujo a establecer en el año 1974 una nueva definición y valoración de dichos derechos especiales de giro. Para ello se siguieron diversos métodos hasta llegar a la adopción de un "panier-type", o sea, un conjunto o grupo selecto de monedas de las que se obtendrá una valoración conjunta que permanecerá inamovible durante un período corto de tiempo (dos años); de este modo, un "derecho especial de giro" será igual al total de las cuantías valorativas de las monedas del conjunto.

El valor inicial de los nuevos derechos de giro, al 1 de julio de 1974, se calculó según el antiguo método fundado sobre el oro, por lo que un derecho especial de giro era igual a 0,888671 gramos de oro fino, igual a 1,20635 dólares U. S. A. Pero, cada día laboral, el "Fondo Monetario Internacional" determina el valor en dólares de un derecho especial de giro, totalizando el valor en dólares de cada moneda que lo compone según el valor medio del curso de adquisición y venta, al mediodía, en el mercado de Londres, o en su defecto del mercado de Nueva York y si no el de Frankfurt. El valor del "yen" japonés es el certificado por la Banca del Japón.

6. La aplicación de los "derechos especiales de giro" adquiere actualmente un amplio desarrollo y son empleados para muy diversas transacciones. Así, el "Fondo Monetario Internacional" los utiliza para su contabilidad; también, ciertos Estados (Irán, Arabia Saudita, Kuwait y Katar) definen el valor de su moneda en derechos especiales de giro. La "Asociación Internacional de Transportistas Aéreos" (IATA), en su Conferencia de Niza (mayo 1975), adopta como moneda de cuenta para las tarifas del tráfico aéreo de personas y mercancías los derechos especiales de giro. Igualmente, en el Canal de Suez se hace uso de los derechos especiales de giro para el cálculo de valoración de sus tarifas. En las grandes emisiones de obligaciones lanzadas durante el año 1975 se han realizado en derechos especiales de giro, como la hecha por la "Alusuisse International" (50 millones), la "Banque d'Investissement" de Suecia (40 millones) y la "Electricité" de Francia (50 millones). También han sido empleados durante el verano de 1975 para las mayores ofertas internacionales de las empresas, para las cuentas bancarias cuyos depósitos en divisas se calculan según el curso de los derechos especiales de giro; igualmente para préstamos y contratos a plazos (como el "Chase Manhattan Bank").

7. Las ventajas de los cálculos de valor en derechos especiales de giro

asegura una cierta estabilidad y los movimientos en alza o en baja se compensan unos con otros; a pesar de las variaciones fuertes del dólar americano, los derechos especiales de giro han demostrado unas variaciones muy débiles; ello contribuye a que se venga formando un comercio y un mercado financiero defendido de las alteraciones monetarias profundas y se consiga salvar sus riesgos.

Por todas estas razones, el "Rapport" de la "International Law Association" realza la vocación internacional de los derechos especiales de giro y los diferencia netamente de otras unidades de cuenta más unilateralizadas en una sola moneda. Sin embargo, el Comité de Derecho Internacional de la "International Law Association" cree que su utilización no se desarrollará hasta que se organice un mercado internacional, ya que, en definitiva, vienen ligados a la misma evolución de la moneda americana. El mundo monetario tiene necesidad de una base fija y estable; de aquí que la búsqueda de la misma sea un objetivo prioritario y fundamental. Tanto los derechos especiales de giro como la "unidad de cuenta europea" (UCE), basada sobre las monedas más representativas de Europa, no son más que una búsqueda hacia el logro de ese equilibrio de la fijeza y estabilidad que necesitan las transacciones patrimoniales internacionales.

José BONET CORREA

II NOTAS CRITICAS

1. EL NEGOCIO SOBRE COSA FUTURA. SU CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA

I. *Doble finalidad de esta nota*

Ha parecido necesario una explicación previa sobre el carácter y propósitos de esta nota. Se comenzó a redactar para dar cuenta de la publicación de una obra que se pensaba podía interesar a los lectores del ANUARIO. Al ir la escribiendo, se planteó enseguida la pregunta previa sobre el valor dogmático del tema mismo de la compraventa de cosa futura. ¿Cómo tratar esta última cuestión? Ha parecido mejor independizar la reseña propiamente dicha, describiendo el contenido y señalando el valor intrínseco del libro del profesor Rogel, que ha motivado esta nota, y después, separadamente, a la manera de apéndice, se agrega un breve ensayo sobre la justificación de considerar la compraventa de cosa futura como una categoría o género jurídico especial. A tal efecto, se han recogido las dudas que abrigó desde que leyera la obra, a mi parecer fundamental, de Perlingieri (1) y se agregan todavía unas abreviadas consideraciones sobre los métodos de investigación en la ciencia jurídica.

La separación así hecha espero advierta de que las referidas dudas no significan en modo alguno desconocer el valor intrínseco de la obra reseñada.

Las observaciones que luego se recogen plantean, antes bien, una cuestión metódica de carácter previo y general. En efecto, las construcciones elaboradas sobre la compraventa de cosas futuras hacen que se abra, una vez más, el interrogante sobre la utilidad o esterilidad práctica de ese neo-pandectismo que ha seguido una importante dirección de la moderna doctrina italiana, y sin que ello sea poner en duda el ingenio y talento derrochados en dicha tarea por tantos eminentes juristas.

II. RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa de cosa futura*. Prólogo de Luis Díez Picazo. Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdera Tuell. XXIII. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975. 417 páginas.

La obra reseñada comenzó siendo una tesis, con la que, presentada en la ilustre Universidad de Bolonia, obtuvo el autor el título de Doctor; la

(1) *I negozi su beni futuri*. I. *La compravendita di "cosa futura"*. Napoli, 1962. Obra de primera importancia en la materia y de alta calidad científica. Sobre ella, el ANUARIO publicó una excelente y cuidada *Nota crítica*: ALFONSO CALONGE, *La compraventa de cosa futura en una reciente monografía italiana*, A. D. C. XVI, IV (octubre-diciembre, 1963), páginas 1117-1127.

cual, de vuelta a España, quiso “perfilar y perfeccionar”, según se nos informa en el Prólogo.

El libro se divide en tres partes. La primera es denominada “Aproximación a la figura: cuestiones planteadas por la peculiaridad del objeto del contrato”. En su sección primera nos aproxima a la figura de la compraventa de cosa futura por medio de la cita del artículo 1.472 del Código civil italiano (2), en torno del cual ha tenido que construir dicha figura la dogmática moderna italiana. Se hace después una somera referencia al Derecho romano y contiene esta sección todavía la enumeración de los supuestos incluidos en el concepto de compraventa de cosa futura. Se citan los locales comerciales a construir, los pisos a construir, los productos agrícolas futuros, las gallinas ponedoras, el remolque a construir, el navío en construcción, la obra de arte a terminar, minerales a extraer, árboles de un bosque, máquinas a construir; supuestos a los que habría que agregar, por mencionarse en otros lugares de la obra, la venta de crías de animales, la venta de la caza, la venta de cosa ajena, los materiales de un edificio a demoler, las máquinas a separar de un edificio.

La sección segunda se destina al estudio de conceptos que se estiman presupuesto necesario para poder hablar con propiedad de “cosa futura”. Se nos dice :“Con tal finalidad consideramos la noción de ‘cosa’ y de ‘bien’ en lo que sea imprescindible para lograr tal objetivo, sin pretender aportar nada nuevo en este tema y sí sólo fijar la cuestión siguiendo las enseñanzas de algunos tratadistas entre tantos y tan preclaros como los que aquí podrían traerse a colación” (pág. 39). Tarea realizada sobre la base de abundante bibliografía, sobre todo italiana; se dedica especial atención al concepto de frutos, enfrentándose críticamente a la opinión del profesor Moreno Quintana. La esencia de esta sección se encuentra en la definición de “cosa futura”, en sentido técnico jurídico, como “aquella cosa que, independientemente y prescindiendo de su existencia física, que puede o no darse, e, incluso, de su existencia jurídica respecto de determinadas relaciones —posibilidad de constitución de prenda sin desplazamiento, valga por caso— viene considerada, en orden a su transmisibilidad inmediata, futura, o sea, carente de una existencia jurídica autónoma, por el ordenamiento jurídico” (pág. 51). La sección concluye con unas alusiones a los problemas planteados, tratados y a tratar.

La sección tercera lleva por título “*Emptio rei speratae, emptio spei* y contratos aleatorios”. Se recoge en ella la doctrina italiana, centrada en el párrafo segundo del antes citado artículo 1.472, recogiendo la discusión sobre si la “*emptio spei*” es un contrato aleatorio y sobre la utilidad de admitir esta categoría de contratos. Resume el autor su cri-

(2) Art. 1.472: “*Venta de cosa futura*. En la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad se verifica enseguida que la cosa llega a existir. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de una finca, la propiedad se adquiere cuando los árboles estén cortados o los frutos estén separados. Cuando las partes no hayan querido concluir un contrato aleatorio la venta será nula si la cosa no llega a existir”.

terio, después de la exposición hecha, con estas palabras: "En fin, ahí quedan estas reflexiones, estas dudas. Para concluir admitiendo la utilidad de la distinción, creo que tanto la *emptio rei speratae* —contrato conmutativo con un grado cierto de aleatoriedad— como la *emptio spei* —contrato aleatorio por voluntad de las partes— tienen cabida y han de incluirse en el género común de la compraventa de cosas futuras" (página 114).

El autor, aunque no lo diga expresamente, se enfrenta con la paradoja de la que advierte Pomponio (D. 18,1,8). No hay compra ni venta sin una cosa que se venda, ¿cómo, entonces, será posible comprar una cosa que no existe, comprar una cosa futura? La respuesta se busca en la sección IV, titulada "El objeto del contrato y la compraventa de cosa futura". Mas, enseguida se hace esta advertencia: "Por supuesto, al referirme al objeto del contrato, sólo pretendo enumerar algunas de las posiciones que han sido mantenidas, apuntando la dificultad del tema, y prescindiendo, eso sí, o poniendo en tela de juicio al menos, de algunos lugares comunes al respecto" (pág. 115). "Fuego de sutilezas" (página 117) de autores franceses, italianos y españoles, que después de exponer la opinión de Díez Picazo, le lleva a decirnos: "quizá sea esta la opinión más acertada. He de confesar que, a ciencia cierta no lo sé, quede en el fondo la duda" (pág. 122). Ello no obstante, se intenta salvar la dificultad recurriendo a la idea de ficción. En Derecho romano, *fructus* y *partus futurus* se consideran como si fueran cosas presentes; el *iactus retis* y el *iactus missilium* como *spes* y ésta como cosa presente. Los Códigos, y muy particularmente el italiano, han introducido una nueva ficción: el propio concepto de "cosa futura". Lo que conduce a la conclusión de que en la actualidad no existe diferencia en cuanto al objeto entre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei* (págs. 140-141).

La sección final de la Parte primera lleva por título: "La teoría del riesgo contractual y la compraventa de cosa futura". En ella, el autor examina con detenimiento la propuesta de De Vischer (3), de distinguir los dos tipos de venta de cosa futura diciendo que en la "*emptio spei*" ("*vente parfaite des choses futures*") todos los riesgos recaen sobre el comprador, mientras que en la "*emptio rei speratae*" ("*vente imparfaite*") los riesgos son a cargo del vendedor; lo que da pie al autor para examinar la cuestión de los riesgos a través de la Historia y del Derecho comparado, exponiendo críticamente la opinión de los autores; aquí toma posición contra la opinión de Alonso Pérez (4) y acepta con reservas la de Cossio (5). Concluye afirmando que en la venta de esperanza, el "riesgo de la no venida a existencia de la cosa", es decir, el "riesgo aleatorio", habrá de soportarlo el vendedor, pues la cosa es "hasta que

(3) *La vente de choses futures et la theorie du risque contractuel*. Bruxelles, 1914.

(4) *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid, 1972.

(5) *Los riesgos en la compraventa civil y mercantil*. R. D. Pr. mayo 1944. págs. 361 y ss.; *La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas*. A. D. C., VI, fasc. III (julio-septiembre 1953), págs. 597 y ss.

no se produzca la tradición, de propiedad del primero" (el vendedor) (página 192) y en el llamado "riesgo contractual" (la cosa perece después de nacida) el "periculum" es del vendedor, mientras que el "periculum obligationis" el pago del precio corre a cargo del comprador (pág. 193); en la venta de cosa esperada no se dará el riesgo aleatorio, pero en el riesgo contractual, el de "no venida a existencia de la cosa", éste recae en el vendedor, y ya nacida la cosa, si se trata de cosas a fabricar por el vendedor, el riesgo será de éste, mientras que en el caso de los frutos naturales piensa que puede remitirse a la tesis de Cossío (pág. 194).

La parte segunda se rotula "Construcción teórica del contrato" y ella comienza con una sección dedicada a las "Posiciones doctrinales". Se nos dice que para la exposición de ellas, en especial de la italiana, "nos hemos apoyado con frecuencia" en la labor de Perlingieri y Gazzara, añadiendo que su aportación consistiría en intercalar además las opiniones de la doctrina francesa y española, y en el modo y manera de la exposición (págs. 197-199). En la sección siguiente, "La jurisprudencia", se da noticia de algunas sentencias de tribunales italianos, franceses y del Tribunal Supremo español. La última sección de esta parte considera "La compraventa de cosa futura como negocio condicionado"; se recogen para su estudio opiniones y criterios sobre los negocios condicionados, sobre la "conditio iuris" y las situaciones de pendencia. La "propia opinión" se resume diciendo: en la "emptio rei speratae" y en la "emptio spei", "el negocio válido produce inmediatamente los efectos jurídicos obligatorios, independientemente de la venida a existencia de la cosa". Si la cosa no viene a existencia, en el caso de la *emptio rei speratae* el contrato deviene ineficaz, "inútil" (p. 266), en la *emptio spei* la condición "incide sólo sobre la sinalagmaticidad y no permite el funcionamiento de la misma, suspendiendo en primer lugar y haciendo imposible después la sola prestación condicionada" (pág. 267).

La tercera parte, "Compraventa de productos agrícolas y pisos futuros", contiene dos secciones, la primera se refiere al árbol-fruto, a los minerales en cuanto frutos y se recogen en ella modelos de contratos agrícolas; la segunda trata de la Ley de 27 de julio de 1968, la que se examina críticamente, se recogen modelos de contratos sobre viviendas protegidas y no protegidas y con el análisis crítico de estas disposiciones se da cuenta de la ley francesa del 3 enero 1967 (modificada por la de 7 junio de 1967).

La valoración de la obra reseñada ha sido ya hecha por quien para nosotros tiene la máxima autoridad; el profesor Díez-Picazo, dice: "El libro que el lector tiene ante sí responde pues a más de cuatro años de trabajo constante y creo que agota la materia. Proporciona una amplísima visión panorámica de un tema que ha sido objeto de un extenso tratamiento histórico y literario. Las cuestiones teóricas o dogmáticas que constantemente afloran —objeto del contrato, conmutatividad y aleatoriedad, sinalagma, periculum obligationes, carácter condicional del negocio, etc.— son una excelente piedra de toque para calibrar la agudeza y la capacidad analítica de un jurista. Estoy seguro de que el lector coin-

cidirá conmigo en la opinión que nuestro autor sale airoso del trance y maneja con mucho acierto los conceptos y el instrumental de la teoría general del Derecho" (pág. 18).

III. Observaciones sobre la dogmática de la compraventa de cosa futura

Ha sido costumbre inveterada de los civilistas comenzar el estudio de cualquier institución partiendo de una referencia a los textos romanos. Justificada, en parte, ya que ellos fueron la base de la moderna dogmática jurídica. Aunque también los mismos han sido ocasión de muchos de los excesos del pandectismo alemán y, así, de lo que podríamos llamar el neo-pandectismo italiano. En lo que a nuestro tema se refiere, la construcción dogmática de la compraventa de cosa futura ha venido siendo autorizada con la cita de un texto de Pomponio. El examen crítico de tal construcción (6) requiere, me parece, referirse con cierto detenimiento al dicho texto de Pomponio (7) y a algún otro que a nuestro juicio lo complementa (8).

La peculiaridad del fragmento de Sexto Pomponio puede explicarse por la manera diferente con la que los juristas romanos se enfrentaban a las cuestiones. Conforme al modo propiamente romano, se afirma con "auctoritas" la solución que aconseja el buen sentido jurídico. La recepción de la dialéctica helénica y las exigencias de la función docente llevan, por otra parte, a establecer clasificaciones ("genera", "distinctiones") y definiciones ("regulae") y también a plantear casos imaginarios para los ejercicios de las escuelas (9). Pomponio, en su comentario a Massurio Sabino, también otro docente, parece haber planteado una cuestión tópica de aquellas, propias para aguzar el ingenio de los escolares. Sienta la regla: no cabe pensar en compra ni venta sin cosa que se venda. ¿Cómo entonces se habla de venta de frutos y de crías futuras, de la de los peces que se cojan en una redada? (10). No se detiene Pomponio en dar una solución lógica al problema. Los supuestos presen-

(6) Aunque con variantes secundarias, ella puede verse en la citada obra de PERLINGIERI y en la reseñada de ROGEL, así como en los trabajos examinados por estos autores.

(7) "Pomponius libri IX ad Sabinum. Nec emptio, nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi; et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, quum editus esse partus, iam tunc, quum contractus esse negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur, aut fiant, ex empto agi posse.—§ 1. Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti quum quasi alea emitur; quod fit, quum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur; emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est, et quod missilium nomine eo captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur". D. 18, 1, 8.

(8) No se pretende con ello entrar en el campo de la investigación romanista, fuera de nuestras posibilidades y propósitos; sólo se trata de un intento para ver lo que dichos textos han podido decir y dicen al jurista moderno, sin prejuicios dogmáticos o aspiraciones constructivas.

(9) SCHUIZ, *History of Roman Legal Science*. Oxford, 1946, passim.

(10) Cita también la venta de lo que se cogiese de las larguezas arrojadas al pueblo ("missilium") en momentos señalados; las que se consideraban "larguitio" "in incertam personam", J. 2,1,46; D. 41,7,5, § 1.

tados se consideran excepciones ("et tamen", "aliquando tamen") ; se limita a señalar lo especial de cada una de ellas.

La venta de las crías se entiende perfecta siempre y cuando hubieran sido dadas a luz (11). Concuere da con lo dicho en un fragmento de Celso, según el cual una estipulación pura puede llevar consigo un aplazamiento ("dilationem") "ex re ipsa", como cuando la cosa estuviere en el claustro materno, o sea fruto futuro, pues entonces la acción comienza cuando la cosa pueda entregarse, según su naturaleza (D. 45,1,73, pr.). Mas, al tratarse de una venta ("recte emitur"), siempre según Pomponio, si el vendedor impide el nacimiento, el comprador podrá ejercitar la acción "ex empto" (D. 18,1,8 pr.).

El supuesto de la compra de lo que se coja en la caza, en la pesca o de lo arrojado al público, lo califica Pomponio de venta de esperanza ("spei emptio"), pues obliga al precio aunque nada se haya cogido; se compra así casi aleatoriamente ("quasi alea") (D. 18,1,8, § 1). Carácter aleatorio que se extiende, en el caso de las cosas arrojadas al público ("missilium"), hasta no responder el vendedor por evicción (12).

Para valorar hoy el fragmento de Pomponio será de utilidad alguna observación. Su formulación, como ya se ha apuntado, sugiere que la regla por la que comienza, contiene un equívoco de los que se usaban por los sofistas y en los mismos "Diálogos" de Platón para los ejercicios dialécticos. El significado implícito de la afirmación, la compra requiere una cosa que se compre, puede hacer pensar en una cosa ya existente en el patrimonio del vendedor o bien una cosa determinada o determinable. De tal significado dependerá que la venta de cosa futura se considere como una figura anómala o bien como compra normal. En este último supuesto la dificultad planteada por Pomponio habrá desaparecido.

La imagen de la compraventa resultante de los textos del Digesto es la de que para ella se atiende preferentemente a la voluntad de los contratantes. Se nos dice que en la acción de compra, como juicio de buena fé, ha de estarse a la voluntad explícita ("quod inter contrahentes actum est") o, en su caso, a la voluntad implícita ("quae naturaliter insunt") (D. 19,1,11, § 1). Siendo ello así, no extraña que Paulo, de paso, aunque sin reservas, nos informe haber dicho que se pueden comprar las cosas futuras ("futuras res emi posse", D. 18,1,34, § 2).

Parece, pues, que habrá de atenderse a la concorde voluntad de las partes para saber si se trataba de una compraventa pura, condicionada o que lleva consigo obligaciones propias de otros contratos (complejidad). Dicha voluntad determinará si la compra de una cosecha "in herbis" era

(11) No se menciona aquí la venta del fruto futuro; ¿por considerarse como ventas puras la de ciertos frutos a madurar ("in herbis")? ¿En los otros casos la maduración operaba como condición?

(12) La referencia a "missilium" y no a lo cogido en la caza o en la pesca puede pensarse se debe a lo distinto de los casos; no es lo mismo que se arroje al público cosa ajena, que el que se haya cazado o pescado en lugar en que no le estaba permitido al vendedor la caza o la pesca.

de cosa presente (a todo riesgo), condicionada a su madurez, pechando o no el comprador con el pago del precio todo (13) o al que resulte de lo recogido y según su cantidad y calidad. Así se atiende a lo pactado y a su sentido implícito, en la venta de trigo "in herbis", sobre la pérdida de la cosecha por violencia o tempestad (D. 18.1.78. § 3). Complejidad que se advierte en la venta de vendimia, en la que, después de la entrega, el comprador resulta con derecho a pisar la uva y llevarse el mosto (D. 19, 1,25). La venta de piedras de un fundo se entiende comprende una obligación de hacer por parte del vendedor, la de sacar las piedras (D. 19,1,9). La estipulación de construir una casa se considera a la par que la relativa a la cría y al fruto futuros (D. 45,1,73 pr.).

El alcance de haberse calificado conjuntamente como ventas la "emptio rei speratae" y la "emptio spei" es relativo. Cierta la preocupación romana por las clasificaciones de las figuras jurídicas (14), mas ella no llega hasta alcanzar el valor normativo atribuido a los modernos "termini technici" (15). A pesar de lo implicado por Pomponio, se habla de compraventa de usufructo, de servidumbre, de cosa ajena, de una herencia existente o posible y del esclavo fugitivo. El verbo "emere" se utiliza para cualquier adquisición por precio, sentido que se nos dice autorizado por el ejemplo de las XII Tablas (16).

La referencia ambigua hecha por Pomponio al requisito de la cosa en la compraventa, ha venido más bien a destacar, y con notable fuerza retórica, la peculiaridad de las dos figuras que después pasa a examinar. Son muy diferentes. La de la cosa esperada se ha simplificado al considerar sólo las ventas cuya existencia se condiciona al posterior nacimiento del vientre o de los frutos. En cambio, la venta de lo que se llegue a coger, sea algo lo que se coja, o sea nada, ofrece una nota extraña a la compraventa. Lo que se adquiere por precio no es una cosa ya existente o una cosa futura. El objeto adquirido se denomina por Pomponio esperanza (D. 18,1,8, § 1), por Ulpiano de cuasi esperanza y cosa incierta (D. 18, 4,11), y por Paulo de azar ("alea emitur". D. 18,4,7). Lo que viene a dar un carácter aleatorio ("quasi alea") al mismo negocio. Estamos, como en otros casos también llamados de venta, ante un negocio mixto; aquí, de compraventa y negocio aleatorio. Hay venta de una posibilidad de ganancia ("chance") cuya atribución se resuelve por el juego

(13) De modo semejante que se puede pactar no responder por evicción, D. 18,1,11. § 18.

(14) Por ejemplo, sobre la distinción entre venta y arrendamiento, G. 3,147; J. 3,24,4; D. 19,2,22, § 2; D. 19,5,5, § 2; D. 18,1,20; D. 18,1,65; sobre la de entre compra y contrato "do ut des", D. 12,4,19; sobre la de entre venta y permuta, G. 3,141; J. 3,23, § 2; D. 18,1,1, § 1; D. 19,4,1 y 2.

(15) Lo que puede advertirse en el modo de resolver los casos y en la poca precisión de las calificaciones; así, el incluir en la misma categoría a "locatio conductio rei", "locatio conductio operarum" y "locatio conductio operis", y el acudir al expediente de los cuasi contratos y cuasi delitos como a los cuasi aleatorios.

(16) D. 40,7,29, § 1, fragmento también de Pomponio. Sobre la compra del uso de una cosa, citas en *Vocabularium Iuris Utriusque*, por SCOT, BRISSONIO, HEINECCIO y VICAT, 1759, I. pág. 492.

de azar. Sucede lo mismo que en la lotería (17) y en las carreras de caballos; se compra el billete o el boleto y se adquiere el derecho a participar en el juego y estar a su resultado, favorable o adverso. En cierto respecto habrá que aplicar reglas de la compraventa (18) y, en otros, las de los contratos aleatorios (19).

La evolución posterior del Derecho, en la Edad Media y en la Edad Moderna, se desarrolla siguiendo los cauces abiertos por los textos justinianos. En los primeros tiempos, la doctrina (glosadores y comentaristas) e incluso algunas leyes, siguen fielmente el fragmento de Pomponio sin añadir prácticamente algo nuevo (20). Un cambio de enfoque, apenas visible, pero importante, se produce al imponerse de modo general el principio "pacta sunt servanda" (21); que, respecto a la venta, vendrá a potenciar el criterio amplio expresado en los fragmentos de Paulo (D. 18,1,34, §§ 1 y 2). Se desvanece ahora, por completo, la duda que planteaba Pomponio con su referencia al requisito de la cosa en la compraventa. De modo que se puede afirmar que "es indudable que se puede comprar y vender lo futuro ("futura"), ya se haga por un contrato puro o condicional" (22), con la consecuencia dogmática de dejarse de lado la singularidad de la venta de cosa esperada y de la venta de esperanza y de considerar ambas como casos o ejemplos de venta de cosa futura (23). De este modo vendrá a ser innecesario preocuparse de justi-

(17) Hoy —según VON VANGEROW— se presenta la compra de esperanza preponderantemente en forma de lotería y negocios de juego, *Lehrbuch der Pandekten*. 7.^a ed., 1876, III, pág. 425.

(18) Según CELSO, en la compra de la redada, el pescador contrae la obligación de echar la red y si no lo hace deberá el valor atribuible a la "chance" de la redada ("incertum eius rei aestimandum est") (no el precio pagado), D. 19,1,12.

(19) Carácter aleatorio, señalado por POMPONIO y que, como se ha indicado, se repite en otros textos, D. 18,4,11; D. 18,4,7. Respecto al préstamo marítimo ("de náutico fenore") se habla de "periculo creditore" y "periculum pretii" (D. 22,2). Bajo el título "de aleatoribus" y de "de aleatoribus et aleorum lusu" se regulan en el "Corpus" los juegos permitidos y prohibidos (D. 11,5; C. 3,43).

(20) Una buena y útil información sobre el Derecho medioeval y la doctrina histórica moderna, en CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura. Acta salmanticensis*. Derecho. V, 2. Salamanca, 1963, págs. 53-165. Sobre el antiguo Derecho español puede verse, además, HERMOSILLA, *Adiciones, notae, resolut. ad Partitarum, glossas et cogitationis D. Gregorii Lopetii*, 1634. II, fol. 64 anv. 69 vto. y los autores españoles allí citados.

(21) Por el concurso de las reglas del Derecho canónico y las de las costumbres territoriales. Sobre lo general de su aceptación, BARBOSA (Simón Vaz), *Principia et loca communia*, 1630, pág. 254.

(22) HEINECCIO, *Opusculorum variorum*. Exercitatio XXXIII, § 11, Opera, Genevae, 1746, II, 2, pág. 293.

(23) HEINECCIO, *loc. cit.*: DOMAT habla "des ventes des choses a venir". *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I. tit. 2, sect 4, § 3, París, 1777, I, pág. 53. En Alemania, entre los pandectistas y después en general, será corriente la expresión "Verkauf zukünftiger Sachen", DERNBURG, *Pandekten*, 6.^a ed., Berlín, 1900, II, § 94, pág. 255. ENNECCERUS, LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerliches Recht*, II, § 101, Tübingen, 1950, página 391.

ficar el que sea considerada como compraventa la venta de esperanza, a pesar de su naturaleza de contrato aleatorio (24).

Otro paso, ahora decisivo, respecto de la ampliación del concepto de objeto de la compraventa, será dado por el Código civil francés; el que, en la sección dedicada al objeto y materia de los contratos en general, establece que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación (25), regla copiada por otros códigos, entre ellos por el Código civil italiano de 1865 (art. 1.118) y por el Código civil español (art. 1.271).

Mas el Código francés (art. 1.583), seguido por el italiano (art. 1.448) —a diferencia del español (art. 609)— abandona la concepción romana de la compraventa y establece que perfeccionada la venta por el acuerdo de las partes sobre cosa y precio, “la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur”, aunque no se haya entregado la cosa ni pagado el precio. Con esta disposición, de modo inesperado, se presenta una dificultad para la compra de cosa futura: ¿cómo adquirir la propiedad de algo que no existe? Los autores intentan resolver el enigma con diversas teorías. El legislador italiano, en el Código de 1942, con su artículo 1.472, corta el nudo gordiano, diciendo que la venta de cosa futura tiene efecto obligatorio y no real (26). Ello no obstante, la discusión doctrinal ha seguido, elaborando los autores infinidad de teorías, sin que se llegue a consolidar una opinión común (27). Crisis doctrinal que, por su extensión y agudeza, ha hecho nacer la duda sobre el planteamiento correcto del problema, sobre su existencia y alcance jurídico.

Dispuesto en la ley que la cosa futura puede ser objeto de contratos, y no existiendo reglas especiales para la compraventa de cosa futura, queda abierto el camino para admitir la posibilidad no sólo de la com-

(24) Examinan dicho aspecto aleatorio, NOODT, *Commentarius ad Digesta*, XVIII, 1, Lugduni Batavorum, 1724, págs. 393-394, HEINECCIO, *loc. cit.*, § 12, pág. 293-294. ARNDTS R. V. ANESBERG, incluye entre los contratos aleatorios a la *emptio spei* y a la *emptio rei speratae*, considerando lo incierto del objeto que constituye la contraprestación para uno de los contratantes, *Lehrbuch der Pandekten*, 13 ed., Stuttgart, 1886, § 236, página 472.

(25) El Proyecto de Código civil presentado al Consejo de Estado, establecía ser requisito necesario que la obligación tenga por objeto una cosa cierta o al menos determinada en cuanto a su especie (art. 26). PORTALIS observa que se puede vender una cosa indeterminada y que quizá no existirá jamás, como el producto de una redada. A propuesta de BRIGOT-PRÉAMENEU se suprime la palabra *cierta* (y así pasa al texto definitivo, art. 1.129). *Procès-verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du Projet de Code civil*, Paris, An XII (1803), III, págs. 209, 248-249. GARCÍA GOYENA, al referirse a las cosas futuras, cita el fragmento de POMPONIO, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852, III, págs. 27-28.

(26) El texto, traducido del italiano, puede verse en la nota (2).

(27) Pueden verse, al efecto, las enumeraciones de teorías hechas por PERLINGIERI en los capítulos titulados “Teorías que niegan la naturaleza condicional de la cosa futura” y “Teorías que explican la naturaleza del contrato utilizando el mecanismo condicional”, *loc. cit.*, páginas 73-158, también nota 106 en págs. 48-52; por CALONGE, en el capítulo sobre “Doctrinas actuales”, *loc. cit.*, págs. 192-210; y por ROGEL, en la sección sobre “Posiciones doctrinales”, *loc. cit.*, págs. 197-221.

praventa de cosa futura, sino también la de cualquier figura contractual que se desvíe del esquema normal de la compraventa. De acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden conformar como quieran el contrato, separándose de los modelos legales, mientras ello no sea contra alguna de las normas imperativas. Por esta razón, parece inútil, y hasta perturbador, el esfuerzo doctrinal de los autores que han tratado de elaborar una figura de compraventa en la que se incluyen, bajo la denominación de cosa futura, los objetos y los propósitos o finalidades más heterogéneos y dispares.

En primer lugar, no parece haberse justificado el unificar dogmáticamente como venta de cosas futuras la venta de cosa esperada y la llamada venta de esperanza, pues no tiene ello otra razón visible de ser que la de haberse tratado de ambas en el mismo fragmento de Pomponio (28).

El calificativo de cosa futura, según el valor semántico de estas palabras, está justificado respecto de la cosecha futura, no para otros supuestos en los que se ha utilizado. La misma compraventa de esperanza tiene como objeto algo actual (la probabilidad) y con su propio valor, como ya enseñara Celso (29); su objeto mediato (el del contrato aleatorio) se refiere a cosas "nullius", pero cuya existencia se ha de suponer. Menos justificada resulta la inflación de dicho término de cosa futura al extenderse a cosas existentes, en la que lo futuro estaría en una posterior separación o individualización de la tal cosa respecto de otra principal (venta de frutos, de minerales (30), de árboles, de máquinas, unidos o destinados a un inmueble), o bien en un posterior ingreso en el patrimonio del vendedor (venta de cosa ajena) (31).

(28) Sobre lo inadecuado del intento de encerrar en un concepto unitario (venta de cosa futura) la venta de cosa esperada y la venta de esperanza, se nos ha dicho autorizadamente: "Parece inútil la búsqueda de una naturaleza unitaria para la compraventa de cosa futura. Gran parte de la doctrina civilista antes expuesta, aparece claramente empeñada en la búsqueda de la naturaleza jurídica unitaria a la compraventa de cosa futura. Este esfuerzo no nos parece admisible en cuanto falta el presupuesto básico del mismo: la existencia de un tratamiento unitario en el tráfico jurídico de la compraventa de cosas que pudieran considerarse futuras", CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, página 211.

(29) D. 19,1,12.

(30) El término "fructus et partus futuri" empleado por POMPONIO, podría aplicarse además del fruto por nacer, también al fruto por madurar y hasta al fruto nacido y por recoger. Lo discutido del concepto mismo de fruto explica las primeras ampliaciones del de cosa futura; así, la mención de los minerales junto a los supuestos de POMPONIO; ya en VOET (Juan), *Comentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1716, pág. 768. Aunque en los autores antiguos no se encuentra nunca, que sepamos, el intento de construir un concepto general de cosa futura.

(31) No se explica bien por cuáles razones se excluye del heterogéneo conglomerado de cosas futuras a la cosa genérica, ya que para su entrega se requiere una futura individualización, o a la cosa fungible, ya que su entrega precisa de una previa concreción, mediante su peso, número o medida. Comp en contra la observaciones de PERLINGIERI, loc. cit., páginas 17-22. Lo que ocurre es que podrá una misma cosa tener notas por

Observación de mayor entidad es la de que, al considerarse la venta de cosa futura como un tipo específico de compraventa, sometido por ello a un régimen jurídico común e igual, se desconoce con esto la naturaleza compleja o mixta de contratos cuyo objeto se ha calificado de cosa futura. Naturaleza que tendrá propia y variada repercusión en las relaciones entre las partes tanto como respecto de terceros.

El contrato de compraventa típico da lugar a las obligaciones mutuas de la entrega de la cosa y del precio con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. En los contratos de compraventa complejos habría de interpretarse la voluntad de las partes para saber qué obligaciones y derechos se han pactado y, en su caso, determinar qué normas propias de otros tipos de contratos —aparte las de la compraventa— habrán de aplicarse y cómo combinar unas y otras del modo más adecuado. Así, en la venta de cosa a separar de otra principal habrá una especial obligación del vendedor de hacer o dejar hacer; en la venta de cosa a construir, habrá obligaciones propias de los contratos de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra; en la venta de cosas a suministrar (cosas propias o ajenas), habrá también una especial obligación de hacer del llamado vendedor.

Los contratos denominados por la doctrina comentada, como ventas de cosa futura, tienen también un régimen jurídico diferente en cuanto a su trascendencia real, según se trate de cosas físicamente existentes, aunque a separar, o de cosas aún no nacidas. Así, para la aplicación de las disposiciones sobre tercería de dominio, tercería de mejor derecho, quiebra y prelación de créditos, ya que aquellos casos y no éstos han podido ser objeto de derechos o privilegios de trascendencia real según las leyes (32).

El alcance dado al término cosa futura, con la finalidad de construir el tipo negocial de la compraventa de cosa futura y las dificultades señaladas ante las que se ha encontrado la doctrina para comprender en el mismo las realidades más heterogéneas, ha hecho decir que pudieran salvarse pensando que los Códigos han introducido una ficción, la del concepto de cosa futura. Mas, como se nos ha enseñado, la ficción jurídica consiste en dar por verdad en Derecho lo que es ciertamente falso (33). Engaño que en la Historia del Derecho puede verse utilizado para facilitar la evolución jurídica, ocultando la existencia de un cambio norma-

las que ser denominada conjuntamente de genérica y también de futura, según la terminología de dicho autor. La sentencia del T. de app. de Rennes, 26-VI-1969 (cita de ROGEL, p. 245), califica de venta de cosa futura una venta de gallinas, por la que se entregan unas de diez semanas, cuando lo que se quería adquirir eran gallinas ponedoras (venta de cosa de un género determinado).

(32) Por ejemplo, expresamente en la regulación de la hipoteca mobiliaria (art. 12, 4.º) y prenda sin desplazamiento (art. 52, Ley 16 diciembre 1954); y en la modificación del art. 8, núm. 4.º de la Ley Hipotecaria, respecto a los pisos en construcción (Ley de 21 julio 1960).

(33) Detenida exposición del concepto en MENOCHIO, *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis commentaria*, q. VIII, Genevae, 1724, I, págs. 12 y sigs.

tivo (34). Tal expediente no ha sido empleado por los Códigos civiles al referirse a la cosa futura. Cuando ellos dicen que las cosas futuras pueden ser objeto de contratos, no se finge que la cosa futura exista, sino que, al contrario, se considera la anomalía de su no existencia al celebrarse el contrato. Ficción sería dar por futuras cosas existentes al contratar; lo que, por cierto, no hace el legislador. Ficciones, en todo caso, no permitidas al intérprete, que no habrá de apoyar sus construcciones en ficciones o falsedades (35).

La atrevida construcción de la compraventa de cosa futura como figura unitaria ha traído consigo utilizar con un sentido distinto del usual otros conceptos, aparte del mismo de cosa futura. Lo que se advierte, de modo especial, en la deformación que, a tal efecto, se hace sufrir a los tradicionales conceptos de riesgo y condición en la compraventa.

El riesgo previsto en la ley respecto de la compraventa es el sobrevenido por el daño que pueda sufrir la cosa (cosa ya existente) después de perfecto el contrato (art. 1.452, C. c.), y respecto del que se tiene en cuenta el deber de custodiar hasta la entrega por parte del obligado (artículo 1.182, C. c.), el paso de la propiedad (arts. 609, 1.462 y 1.463) y la reserva de dominio (36). En la venta bajo condición ("emptio rei speratae") habrá que atender a lo dispuesto en el artículo 1.122 del Código civil. En las ventas de casas a construir, habrá de tenerse en cuenta lo establecido sobre los contratos de arrendamiento de obras y de servicios (arts. 1.589, 1.590, 1.591, C. c.). Además, y sobre todo, es de advertir que en la "emptio spei" no se justifica una aplicación de la doctrina de los riesgos en la compraventa. Tal doctrina considera las posibilidades genéricas y anómalas que pueden impedir el debido cumplimiento de las obligaciones pactadas. Por el contrario, el "periculum" que se cierne sobre las partes en el negocio aleatorio ha sido especialmente querido por ellas y determina la naturaleza propia del contrato. Será en el caso que la redada o la caza tengan resultado positivo cuando se aplique a la obligación de entrega lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182 del Código civil.

También cuando se califica de sometida a condición la venta de cosa futura, se emplea el término condición con significados diversos y también con otro del que siempre ha venido dándosele. La compraventa de cosa esperada ha podido con propiedad ser considerada como sometida a condición. En cambio, las compras de cosas a separar (minerales, árboles, &) y los de las cosas a construir (máquinas, pisos, &), no quedan sujetas a condición, la obligación de separar o permitir separar y la obli-

(34) Según nuestros autores, ella no se admite sin autorización de la ley, VELA, *Disertationis iuri controversi*, Diss. 31, § 7, *Colloniae Allobrogum*, 1761, I, pág. 383; VALENZUELA, *Consilia sive responsa iuris*, c. 2, § 21, *Colloniae allobrogum*, 1727, I, pág. 12.

(35) Recuérdese el exabrupto de BRINZ respecto a "persona ficta", *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1873, I, § 60, pág. 198.

(36) Arts. 12, 23 Ley 17 julio 1965. Un supuesto de reserva tácita en la venta al contado y precio no satisfecho, art. 909, 8.º C. de c., con arreglo al Derecho anterior al Código civil (P. 3,28,48; J. 2,1,41; D. 18, 1,19 y 54).

gación de construir son obligaciones puras, incondicionadas por sí mismas (excepto pacto especial que las someta a una verdadera condición) del llamado vendedor. Lo futuro de la separación o de la construcción es una modalidad de la obligación de entrega, conforme a la complejidad del negocio. En la llamada venta de esperanza habrá que distinguir entre la venta de la "chance", que es pura, y el negocio aleatorio (puesta en juego) en el que el "alea" no constituye una condición en sentido técnico, pues no afecta a las obligaciones sino al resultado del negocio.

IV. *El método de investigación empleado*

El ensayo de análisis crítico antes hecho de la construcción dogmática de la compraventa de cosa futura, nos enfrenta con esta inquietante pregunta: ¿cómo explicarse que tantos y tantos notables juristas hayan dedicado su ingenio y erudición a labor tan poco fructuosa? La respuesta, creo, podría encontrarse en la seducción que origina la corriente metodológica que ha podido llamarse del neo-pandectismo.

En la elaboración del Derecho por parte de los civilistas se advierten dos grandes corrientes, la de la búsqueda intuitiva de lo justo, atendiendo a lo propio de cada caso concreto, y la de la racionalización de las reglas jurídicas, mediante su adecuada sistematización. En cada país y momento una de ellas predomina o bien se complementa y armoniza con la otra. La ciencia jurídica europea continental se ha preocupado mucho de ordenar y sistematizar su aparato conceptual (37); esta preocupación alcanza su punto culminante en el movimiento del pandectismo alemán (38). Su influencia puede considerarse universal (39) y a ella se debe en buena parte el instrumental de conceptos de los que se aprovecha la ciencia jurídica moderna. Junto a este aspecto brillante y positivo, existe otro negativo y peligroso, la creencia de poder apresar en una malla de conceptos exactos la realidad social, la que induce a formular construcciones cada vez más artificiales y al olvido de los fines del Derecho. Junto a la formulación de grandes sistemas se dará una exuberante producción monográfica. Una y otra serán objeto de la crí-

(37) Lo que hubo de suceder en Roma por influjo de la filosofía y retórica helénica, a fines de mejor comprensión de las reglas jurídicas y de facilitar la docencia. En el Derecho moderno, por la influencia sobre los civilistas de los cultivadores de la Teología Moral (en especial de los de la escuela española) y de los autores de libros sobre Derecho natural; así, se advertirá la de las obras, p. ej., de GROCIO, PUFENDORF, ALTHUSIO E HEINECCIO.

(38) El "Usus modernus pandectarum" tuvo por objetivo dar una forma ordenada y sistemática a la masa de decisiones casuísticas que se encontraban en las Pandectas, de tal modo que ellas se pudiesen aplicar y ser enseñadas como ordenamiento jurídico vigente en la Alemania del siglo XIX. Se suelen considerar como autores típicos de este movimiento a SAVIGNY, PUCHTA, WINDSCHEID y al JHERING de la primera época (aunque haya otros no menos agudos, como BRINZ, BEKKER y DERNBURG). Movimiento que se cristaliza en la publicación del Código civil alemán.

(39) Así, por ejemplo, en Francia (SALEILLES, GENY); Italia (FADDA Y BENSÀ, RUGGIERO, FERRARA), Gran Bretaña (AUSTIN, HOLLAND).

tica que les hiciera Jhering, con su sangrante humorismo. Los autores, nos dice, huyen de las impurezas de la realidad terrena y remontándose al cielo de los conceptos se entregan allí a la elaboración de teorías alquitaradas; para ello se valen de la máquina de dividir cabellos, y se ayudan con el uso del aparato de las ficciones y con el aparato de las construcciones (40). Método de trabajo, de interpretación de las normas legales y de investigación científica que origina años después una reacción crítica en Alemania, violenta en exceso, quizá por tardía y por haberse politizado (41).

La ciencia jurídica italiana ha sabido recoger y profundizar las aportaciones mejores del pandectismo; ello se ha traducido en la publicación de excelentes tratados y en una envidiable producción monográfica. Lo que ha tenido como consecuencia natural un creciente influjo de la ciencia italiana en la de otros países. Mas, como en Alemania, este momento de apogeo se ha visto nublado por los excesos de lo que se ha calificado de neo-pandectismo. Sería injusto desconocer las aportaciones positivas de la brillante escuela jurídica italiana. También lo sería silenciar sus manifestaciones negativas, sobre todo en cuanto ellas han ejercido y siguen ejerciendo un malsano atractivo para muchos juristas de fuera de Italia. Sobre este lado negativo nos advierte y alecciona un profesor italiano, con palabras de prudencia y acierto, que bien merecen ser reproducidas "in extenso". Dice así:

"Los conceptos son indispensables al jurista de cualquier escuela, quien no podrá dejarlos sino a riesgo de abandonar su labor. Pero el concepto es un instrumento ordenador de fenómenos, un camino (o el único camino) que está permitido recorrer para entender la norma. En la literatura monográfica de nuestro tiempo, asistimos a una conversión singular del instrumento en fin: el concepto asume el puesto de la norma y se convierte en el verdadero objeto de la investigación. Nacen así, no libros sobre normas, sino libros sobre conceptos; lo que quiere decir, muy a menudo, libros contruidos sobre otros libros.

Comentarios y libros sobre instituciones representan ahora una excepción y una rareza. El tono de la época está en rechazar la actividad exegética y en la indiferencia por la vida judicial: el caso concreto —en la individualidad de sus caracteres y en el juego concreto de los intereses— queda fuera de la labor del estudio y del campo de observación de la doctrina. Las referencias a la jurisprudencia son una nota de im-

(40) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, págs. 257, 260 y passim. Desvela también la causa social de la inflación de publicaciones de esta naturaleza: la necesidad de ellas para medrar en la carrera académica. Para su remedio propone que, como en Roma se concedía a los sin hijos el "ius liberorum", se pueda otorgar el "ius librorum" a los aspirantes al profesorado, id., pág. 213.

(41) La Escuela de Tubinga, con razón sobrada respecto de algunos autores, les atacará acusándolos de emplear lo que llama "método de inversión". Lo excesivo de la condena del pandectismo se debe al ambiente creado por el nacionalsocialismo. Después de la guerra, la ciencia jurídica alemana parece haber encontrado su punto de equilibrio, abandonando las anteriores posiciones extremas.

pureza y de grosero empirismo, al que el jurista sustrae, con solícito cuidado, sus propios edificios conceptuales" (42).

A mi parecer, la aplicación del Derecho y consiguientemente su explicación teórica, oscila entre dos extremos, el intuitivo y sentimental de la Justicia de Cadí y el logicista y mecanizado de la decisión por computadora. El neo-pandectismo ha seguido la vía del juego conceptual de modo más o menos puro. Como ocurre con el pandectismo alemán, no puede desconocerse el interés de sus elucubraciones, sus hallazgos parciales y el encanto intelectual de las "Profesorenstreiten" en las que se manifiesta. Mas con tanto o más motivo que frente al pandectismo, pueden oponerse reparos de entidad decisiva, los que han llevado a la condena del neo-pandectismo. Pueden concretarse en las siguientes observaciones:

1. El uso arbitrario de los conceptos jurídicos para justificar la construcción jurídica propuesta y preconcebida. Nada más contrario a la ciencia jurídica que, se nos dice, "si cada uno pudiera formar los conceptos a su capricho, tratando las normas jurídicas como el niño hace con su mecano, haciendo, deshaciendo y rehaciendo las construcciones más impensadas" (43).

2. No contrastar las construcciones elaboradas con los casos que ofrece la realidad de la práctica, para considerar su utilidad o inutilidad y, en especial, su posible efecto perturbador para la doctrina y para la aplicación de las normas (44).

3. Olvidarse o descuidar la finalidad de las normas a aplicar, al centrar toda la atención en la articulación de la construcción hecha (45).

¿Cuáles habrían de ser, puede ahora preguntarse, las notas propias de la investigación jurídica? Se nos ha dicho y repetido sin descanso que ellas resultan de la naturaleza propia de la tarea del estudio del Derecho. Es evidente que el conocimiento del Derecho, en cuanto pretenda ser

(42) IRTI, *Introduzione allo studio del Diritto Privato*, Torino, 1974, página 310. En los últimos tiempos se advierte en la literatura jurídica italiana un cierto cambio de la dirección de la moda, en favor de estudios acusadamente politizados.

(43) Palabras admonitorias que —según su hijo— son el testamento intelectual del maestro FRANCESCO FERRARA, en *Scritti giuridici*, Milano, 1954, III, pág. 443 (**). Frase que pudiera aplicarse al uso hecho de los términos de cosa futura, condición, riesgo e incluso de venta para la construcción de la venta de cosa futura.

(44) En sentencias de varios países se utiliza el término de venta futura y en la jurisprudencia italiana se encuentran referencias a algunas de las teorías elaboradas por la doctrina italiana (vide citas en ROGEL, loc. cit., págs. 223-253). Si se les examina de cerca se puede observar que ninguna de las contrastadas atiende a una de las construcciones dogmáticas propuestas (aunque se les cite como adorno erudito); antes bien, buscan averiguar la voluntad de las partes, interpretarlas y, en su caso, atender a la complejidad del supuesto en cuestión.

(45) Se ha pensado que la Ley de 27 de julio 1968 deroga al artículo 1.124 del C. c., en perjuicio del comprador (ROGEL, loc. cit., págs. 389-390); mas la finalidad de dicha ley es proteger al comprador y según su letra no viene a derogar sino a completar, en su caso, las disposiciones del Código civil (art. 3.º, al final).

científico, habrá de utilizar conceptos depurados y sistematizados, de modo que se pueda lograr con ellos una visión lo más exacta y clara del ordenamiento jurídico. No siendo la ciencia jurídica una ciencia especulativa, sino propia de la razón práctica, habrá de atender a la aplicación práctica de las normas, considerando la realidad social en su conjunto y en cada caso individual y concreto. Para que dicha ciencia merezca con razón el calificativo de jurídica, habrá de aspirar constantemente hacia un orden social y unas soluciones concretas las más justas y adecuadas a la naturaleza de las cosas.

Para poner término a esta ya desmesurada nota, me permito insistir en que las observaciones dirigidas a la construcción estudiada de la venta de cosa futura, se hacen por pensar que ella constituye un buen ejemplo del método de trabajo del llamado neo-pandectismo; crítica que no significa desconocer el mérito y el interés de las aportaciones hechas por autores de trabajos elaborados siguiendo dicha corriente metódica (46).

C. B.

(46) En este mismo sentido debe entenderse la *Nota crítica* publicada en este ANUARIO (XVI-IV, octubre-diciembre, 1973, págs. 1156-1164) sobre el muy original, importante e ingenioso estudio de DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, 1972.

2. DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Editorial Tecnos. Madrid, 1975. 276 págs.

Comentar un trabajo jurídico de Manuel de la Cámara es para mí una tarea especialmente agradable, no ya sólo por la profundidad e ingenio que acompañan a todas las obras del ilustre Notario de Madrid, sino muy singularmente por la claridad expositiva y el dominio del lenguaje, que constituyen nota común a todas sus obras. Quiero detenerme en subrayar esta cualidad tan positiva del libro que voy a comentar, que contrasta con la oscuridad de tantas producciones de la literatura jurídica española actual y que es aún más de alabar aquí si se tiene en cuenta el origen de este libro.

La base del mismo se encuentra en el discurso leído por su autor el día 17 de marzo de 1975, en su recepción pública como académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ahora bien, este discurso aparece completado con un número muy considerable de notas a pie de página, algunas de gran extensión, de tal modo que el título de la obra no corresponde ya a la realidad y densidad de su contenido. Da la impresión de que De la Cámara, atraído —que yo sepa, por primera vez— por un tema nuevo dentro de su copiosa producción jurídica, ha querido agotarlo y extraer de él todas sus consecuencias y para ello se ha visto obligado a esta multiplicación de referencias. Muchas de ellas, por su especial interés, habré de reseñarlas con detalle. Pero el mérito del autor estriba en que este cúmulo de notas no llega a desvirtuar la línea argumental esencial de su pensamiento, que se mantiene diáfano e inteligible. Hay que señalar por último que la obra, tanto por su materia como por el propósito declarado de De la Cámara ha de resultar polémica, pues no se limita a exponer y criticar la legalidad vigente sobre filiación ilegítima, sino que, dando un paso más, propugna unas bases esenciales para una reforma de cuya necesidad nadie duda hoy día. Así, es natural que las propuestas concretas de modificación —muy ponderadas, por otra parte— puedan parecer atrevidas a algunos y tímidas a otros. Procurar no politizar excesivamente el problema e intentar resolverlo con prudencia y equilibrio es, en todo caso, una idea rectora que preside el pensamiento del autor y cuya conveniencia comparto plenamente.

El libro comprende cuatro partes o capítulos bien diferenciados, bajo los epígrafes: Introducción, establecimiento de la filiación ilegítima, efectos de la filiación ilegítima y recapitulación final.

La introducción, relativamente breve, pero muy enjundiosa, comienza con una magistral exposición de la evolución histórica del tema, en la que se destaca el empeoramiento de la situación de los hijos ilegítimos llevada a cabo por el Código de Napoleón y la irreversible corriente posterior dirigida a mejorar su condición, que se inicia ya con el Código alemán y que ha ido plasmando, con diferentes matices, en los países

del Este de Europa, en las naciones nórdicas, en la América Latina, en Portugal, Inglaterra, Alemania y Francia. Tras una especial referencia a las recientes reformas introducidas en estos tres últimos países, el autor señala la crisis evidente de principios tradicionales que parecían inmovibles, como el de la jerarquía de filiaciones, y pasa a esbozar las líneas fundamentales de la deseable reforma de nuestro Derecho, cuya necesidad ha trascendido ya del contorno social a la esfera oficial. Es lástima que, por razones de fechas y a la hora de hacer este primer balance, De la Cámara no haya podido tener en cuenta la nueva ley italiana de 19 de mayo de 1975, aunque alude a su Proyecto repetidas veces en el curso posterior de su trabajo.

Como dice literalmente el autor, hay que buscar "una fórmula de compromiso que permita mejorar razonablemente la condición jurídica del hijo nacido fuera de matrimonio, sin que ello haga peligrar gravemente la seguridad de la familia basada en la unión conyugal". Para hallar esta prudente y difícil vía media, hay que partir de la determinación de los derechos mínimos que deben ser concedidos al hijo ilegítimo, entre los que cita el derecho de saber quiénes son sus padres, el derecho a ser mantenido por éstos y el de ser equiparado a un hijo legítimo, sin más excepciones que evitar el perjuicio de la familia legítima y las derivadas del interés del propio hijo ilegítimo. En este sentido, De la Cámara recalca que al hijo extramatrimonial debe conferírsele un "status filii", pero no un "status familiae".

Desde luego, estas metas han de estimarse muy comedidas y chocan fuertemente con las atrevidísimas de otras legislaciones o con las propuestas en el Congreso Jurídico Catalán de 1971, que el autor critica duramente. Para llegar a aquéllas, De la Cámara propone, como primer paso y sin olvidar las experiencias de los países de cultura más afín a la nuestra, el estudio desapasionado de nuestra legislación, incluidas las Compilaciones, a fin de mejorar ya el estatuto jurídico del hijo ilegítimo acudiendo a cualquier recurso interpretativo lícito.

Una interesantísima referencia a las cuestiones de Derecho internacional privado, cada día más numerosas y acuciantes en esta materia, sirve de cierre a la introducción de la obra.

El capítulo II del libro, con mucho el más extenso, trata del establecimiento de la filiación ilegítima, con un enfoque realmente original. Al autor le interesa, sobre todo, y con vistas a fundamentar la teoría que va a defender en el capítulo III, estudiar en profundidad las consecuencias en nuestro Derecho vigente del reconocimiento formal de la filiación ilegítima no natural. Ello le obliga a prescindir del examen de muchas otras cuestiones, aunque en la primera parte de este capítulo y bajo la rúbrica "consideraciones generales" no deje de abordar numerosos problemas del reconocimiento, empezando por la naturaleza jurídica de éste.

De la Cámara se adhiere convincentemente a la postura de Royo Martínez, admitiendo, junto al reconocimiento formal, el que no lo es e incluyendo la posesión de estado como una manifestación del reconocimien-

to tácito. Como apunta acertadamente a continuación, el distinto grado de eficacia de cada tipo de reconocimiento no implica por sí una diferencia de naturaleza ni de función. Y esta función consiste, simplemente, en "perfeccionar la filiación como hecho jurídico".

Tras un repaso a las distintas y complicadas teorías elaboradas por la doctrina sobre este punto, el autor reconoce que su construcción se aproxima mucho a la del llamado "reconocimiento-confesión", aunque acabe rechazando esta tesis por estimar, en síntesis, que la confesión es en nuestro Derecho exclusivamente un medio de prueba. Sin poder detenerme en la riqueza de sugerencias que se contienen en el texto y notas de este apartado, debo referirme a algunos puntos especialmente interesantes como la refutación de la tesis de Badosa Coll, que estima inaplicables a Cataluña los números 1.º y 2.º del artículo 135 del Código; el problema de la impugnación del reconocimiento por falta de paternidad del reconocedor, con cita especial de la Sentencia de 20 de enero de 1967; la significación que debe tener el consentimiento del hijo mayor de edad que exige para el reconocimiento el artículo 133 del Código civil; la impugnación del reconocimiento por vicio de consentimiento en el que reconoció, y las particularidades que ofrece el párrafo 2.º del artículo 1.252 del Código en relación con la eficacia "erga omnes" de la cosa juzgada en cuestiones sobre estado civil, precepto que también se discute si ha de ser aplicable a Cataluña dado el principio de veracidad biológica que inspira a su Compilación.

Volviendo ahora al objeto esencial de este capítulo, distingue con precisión De la Cámara los tres supuestos posibles que pueden presentarse, cuales son: los reconocimientos efectuados al amparo del artículo 130 del Código (A); los otorgados por progenitor casado al tiempo de la concepción hechos con el fin de que el hijo aparezca como natural (B) y los otorgados en este mismo caso sin ocultar la verdadera condición del hijo (C).

Para el supuesto A, el problema fundamental a dilucidar es el de determinar si, en el caso de que se descubra la condición del progenitor oculto y ésta conlleve la no naturalidad del hijo, el reconocimiento será nulo o anulable. Con toda razón rechaza De la Cámara la tesis de la nulidad absoluta defendida por Albaladejo, que no se compagina ni con la letra del artículo 130, ni con sus precedentes legislativos. También, aunque no lo estime así el autor, creo que hay cierta base para sostener la teoría de la anulabilidad en la dicción del artículo 138, como afirma Sancho Rebullida. Y, en todo caso, el Tribunal Supremo ha reiterado el carácter prescriptible (mejor caducable) de la acción, lo que no se compagina con la nulidad radical. Llegado a este punto, me interesa aclarar que la acción de impugnación triunfante, como apunta incidentalmente De la Cámara, no acarreará la nulidad del reconocimiento en sí, sino sólo que decaiga el carácter de natural del hijo: esto es, el reconocimiento seguirá valiendo como tal y surtirá todos sus efectos propios como si lo fuera de un hijo ilegítimo no natural (artículo 140, 2.º), produciéndose, pues, un supuesto, a mi juicio, de conversión formal.

Estudia detalladamente a continuación el autor las cuestiones relativas a la impugnación de estos reconocimientos, examinando los problemas de la legitimación activa, perjuicios alegables, objeto de la impugnación, plazo de caducidad de la acción y cómputo del plazo. Me es imposible detenerme en el análisis pormenorizado de las sugerencias y conclusiones que expone De la Cámara. En honor a la verdad debo advertir que no veo muy claro por qué el progenitor oculto no va a poder impugnar la naturalidad: me parece que habrá casos en que la misma le perjudique. Del mismo modo no creo seguro que el artículo 132 impida totalmente al reconocedor ejercitar la acción de impugnación: si no la letra del artículo 47 de la Ley del Registro Civil, si su sentido general y el artículo 181 del Reglamento, vienen respecto de la filiación materna a levantar para el padre la prohibición de revelar el nombre de la madre, contenida en el artículo 132 del Código. La interpretación de estos preceptos que preconiza el autor me parece demasiado ajustada a la literalidad del Código y poco acorde con el principio de veracidad biológica que debe defenderse en esta materia, siempre que la legislación vigente deje un resquicio para ello.

En cambio, comparto plenamente las opiniones del autor en otros muchos puntos de su exposición: así, en su afirmación de que los simples perjuicios morales no deberían autorizar la impugnación del artículo 138; en que el plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964, que aplica constantemente el Tribunal Supremo, es demasiado largo y, sin demasiado esfuerzo interpretativo, podría acudirse al plazo de cuatro años de caducidad del artículo 1.301, propio de la anulabilidad; en sus consideraciones sobre el artículo 5.º de la Compilación de Cataluña y Ley 71 de la de Navarra, etc., etc.

El supuesto B, o reconocimiento inexacto, plantea cuestiones de responsabilidad penal por parte del progenitor que, por ejemplo, se afirma soltero, siendo casado. Pero el caso no es infrecuente en la práctica y, en cierto modo, estuvieron autorizados en la época republicana por virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución de 1931. En lógica jurídica, observa De la Cámara, su condición debería ser la propia de un reconocimiento nulo, no sujeto a prescripción ni a caducidad, de modo que la apariencia de naturalidad creada nunca podría consolidarse. Pero estas conclusiones tan drásticas aparecen empañadas por la letra del artículo 138 del Código, que engloba en la impugnación que establece el caso de hijos no comprendidos en el artículo 119, 2.º, y por una serie de Sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destaca y examina minuciosamente el autor las de 19 de enero de 1972, 15 de octubre de 1960 y 18 de enero de 1929, que muestran un criterio fluctuante y a veces contradictorio. Lo mismo ocurre respecto del problema capital de decidir si la acción es imprescriptible o si está sujeta a caducidad; la jurisprudencia no puede ser más vacilante.

Quiero destacar, en fin, sobre este tema, que De la Cámara, si bien "de lege data" se inclina por la imprescriptibilidad de la acción, "de iure condendo" propugna, con muy sólidas razones, el establecimiento de un

claro y corto plazo de caducidad. Asimismo, su muy interesante comentario en la nota a la página 128 a las relaciones entre los artículos 51 y 69 del Código civil, en la que recoge y alaba la Sentencia de 7 de marzo de 1972 que, rectificando la jurisprudencia anterior, afirma la compatibilidad entre ambos artículos. (Esta tesis, por cierto, fue ya defendida anteriormente por una Resolución poco conocida de 3 de marzo de 1964.)

El supuesto C plantea el problema esencial en toda su crudeza, es decir, la validez y eficacia del reconocimiento de hijos ilegítimos no naturales, en los que no se oculta esta condición. Desde luego, como observa agudamente el autor, las Sentencias del Tribunal Supremo que han declarado la nulidad del reconocimiento de hijos adulterinos lo único que han querido es que éstos no fueran naturales y por ello no ayudan a resolver la cuestión. Por lo mismo, el reconocimiento en documento indubitado ha de ser válido, puesto que así lo admite el artículo 140, 2.º, del Código civil. La cuestión la reconduce De la Cámara a la de determinar si, entonces, la filiación ya quedará establecida o si será menester, además, una sentencia que declare aquélla. El problema es de gran importancia práctica, puesto que los derechos de los hijos ilegítimos no naturales son más numerosos de los que primitivamente se pensaba: así, además del derecho a alimentos, están los derivados de los artículos 47 y 206 del Código; la nacionalidad española, según la letra del artículo 17 y la doctrina más autorizada, refrendada por la Resolución de 7 de mayo de 1965; derechos al subsidio familiar por Seguridad Social, por accidentes de trabajo, por familia numerosa...

Esta cuestión le resulta dudosa a De la Cámara, puesto que "de lege ferenda" y con buen acuerdo le parece inadmisibile la equiparación total entre la filiación adulterina y la incestuosa. Pero lo cierto es que el Código no establece distinción entre ambas, aun cuando hubiere sido lo más prudente, y ello explica que el artículo 190 del Reglamento del Registro Civil, al no poder sentar una diferencia de rango legal, haya optado por impedir, en principio, el acceso al Registro Civil de ambas clases de filiación, pensando, sobre todo, en la publicidad aterradora de la incestuosa.

Ahora bien, las dudas que confiesa el autor tiene sobre este tema deben ser resueltas hoy en sentido afirmativo, es decir, en el de que el documento indubitado prueba la filiación ilegítima por sí mismo: el reconocedor queda vinculado, y el hijo y cualquier otra persona, mientras no desconozcan el reconocimiento, quedarán afectados por éste que desplegará provisionalmente sus efectos. Así lo apuntaba ya la Resolución de 26 de abril de 1968 y ha sido aclarado por la Resolución de 29 de noviembre de 1974, la cual entiende por cierto que el concepto de documento indubitado lo tiene "no sólo el documento público, singularmente el notarial, sino también el documento privado, cuando por estar legitimada notarialmente la firma del padre o por concurrir otro medio de prueba suficiente no quepa dudar racionalmente de la autoría del documento". Razones prácticas evidentes, especialmente la necesidad de no ha-

cer ilusorios los derechos concedidos por la legislación social a los hijos ilegítimos de todo tipo, explican lo atrevido de esta Resolución.

No acaban con el examen de los tres supuestos citados, los problemas que plantea la eficacia del reconocimiento de la filiación ilegítima no natural. Con su aguda percepción de jurista práctico, De la Cámara trae a continuación a debate una cuestión insoslayable, cual es la de la incompatibilidad de estados. La cuestión, claro es, no se suscita si el hijo es de filiación desconocida real u oficialmente, pero ¿qué ocurre si el Registro Civil proclama ya su filiación legítima o su filiación natural?

Es evidente que si el hijo está amparado por la presunción de legitimidad del artículo 108 (y así lo publica el Registro Civil, debo añadir), la incompatibilidad de estados es absoluta y el hijo es legítimo a todos los efectos, mientras no se impugne con éxito su legitimidad, con las dificultades y limitaciones tan conocidas con que concede el Código la acción en los artículos 108, 2.º y 112. La claridad, en cambio, brilla por su ausencia si el hijo, reconocido después como ilegítimo, se encuentra en la especial situación de nacido después de transcurridos 300 días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges, es decir, en el supuesto del desconcertante artículo 111 del Código civil. No voy a extenderme sobre este punto. Sólo debo resaltar que la interpretación que realiza De la Cámara de este precepto (páginas 151 a 175), es a mi juicio definitiva y constituye, por sí misma, una valiosísima monografía sobre el tema. Su conclusión, avalada por los precedentes históricos y por el análisis de la finalidad del precepto, es favorable a la ilegitimidad originaria del hijo, si bien el autor con vistas a una futura reforma propugne la vuelta al sistema del Proyecto de 1851 y separar, como allí se hacía, las hipótesis de muerte del marido y de simple separación de los cónyuges.

Si el hijo está inscrito como hijo natural reconocido por la madre soltera, puede ocurrir que más tarde sea reconocido como no natural por su padre casado. Este supuesto, seguramente el más frecuente y que fue contemplado por la Resolución de 29 de noviembre de 1974, puede ser asimilado perfectamente con la hipótesis inversa de que el hijo aparezca inscrito como hijo natural reconocido unilateralmente por su padre soltero y luego se produzca su reconocimiento como ilegítimo no natural por su madre casada. A mi juicio, la presunción de legitimidad del artículo 108 no se interfiere demasiado en las consecuencias prácticas de este segundo caso, puesto que el Registro Civil proclama la cualidad de hijo natural del interesado (artículos 1 y 2 de la Ley) y esta condición ha de prevalecer mientras no se impugne precisamente en el juicio ordinario de mayor cuantía (artículos 50 y 92 Ley Registro Civil).

Algún autor ha entendido que en el primer ejemplo, que es el presentado como modelo por De la Cámara, se produciría una incompatibilidad de estados que imposibilitaría el reconocimiento de la filiación ilegítima no natural. Pero esta tesis es brillantemente refutada por Manuel de la Cámara quien, interpretando conjuntamente los artículos 130, 138 y 140 y añadiendo sólidas razones lógicas, pone de relieve cómo el segundo re-

conocimiento no supone impugnación del "status" de hijo natural ya establecido, de modo que el hijo será natural "a madre" y adulterino "a padre". Con esto sienta las bases para defender su interesante teoría de *divisibilidad* de la filiación ilegítima, que luego desarrollará. Como observa agudamente el autor, incluso aunque el hijo reclame alimentos del padre y obtenga sentencia civil a su favor, esta sentencia deberá inscribirse en el Registro, de acuerdo con el artículo 190 del Reglamento del Registro Civil, sin que ello presuponga por sí mismo que claudique la filiación natural "a madre" que proclama el mismo Registro. Claro, que el ejercicio triunfante de la acción de alimentos supone un peligro para el hijo, pues implica dejar preconstituída la prueba de su filiación real y deja abierta la puerta para la impugnación de algún perjudicado. El peligro es singularmente mayor en Cataluña y Navarra, donde podrán entrar en funciones las absurdas incapacidades sucesorias que establecen sus respectivas Compilaciones. Ahora bien, el hijo en Navarra puede impugnar, según la Ley 71 de la Compilación, la sentencia que declare su paternidad dentro del plazo de cuatro años siguientes a su mayoría de edad. Esta posibilidad, que apartaría el peligro apuntado de incapacidad sucesoria, la extiende el autor, con buen criterio, a toda España, incluso Cataluña, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 133 del Código para la filiación natural. Es, en efecto, absurdo que sólo pueda impugnarse una filiación más favorable y no, en cambio, la que pueda perjudicar evidentemente al hijo.

El apretadísimo capítulo II del libro termina con un estudio de la declaración judicial de la paternidad. Por muy conocida, no se extiende el autor en la evolución jurisprudencial en torno al artículo 135 del Código civil, francamente decidida hoy en favor de la llamada interpretación declarativa. En todo caso, como apunta certeramente De la Cámara, lo que hay que destacar es que en España coexistan tres regímenes distintos sobre materia tan importante: el restrictivo del Código civil: el liberal de la Compilación Catalana y el ecléctico de la de Navarra. Esta pluralidad legislativa es indudablemente indefendible: los presupuestos de la filiación deben ser únicos para toda España, sin perjuicio de que sus efectos, especialmente los sucesorios, puedan y deban ser distintos según las regiones.

Hay, pues, que encontrar una solución "de lege ferenda" al problema planteado. Una rápida revisión del Derecho comparado inclina a De la Cámara a proponer la libre investigación de la paternidad, pero con dos importantes salvedades. Una, que la presunción de cohabitación con la madre para fundar la paternidad ha de tener un valor meramente relativo. Otra, que la "exceptio plurium concubentium" ha de mantener su fuerza para desvirtuar la presunción, a pesar de las orientaciones modernas contrarias, defendidas en España por Rivero Hernández.

El último apartado de este tema trata de los problemas de Derecho internacional privado y de Derecho interregional, a la luz de las *disposiciones actuales del título preliminar*. Suscribo plenamente las afirmaciones del autor sobre el tema del llamado "conflicto móvil", sobre el

reenvío y sobre la imposibilidad de aplicar en esta materia, por virtud de los artículos 135 y 141 del Código civil, la excepción de orden público, que hoy no tiene razón alguna de ser, puesto que en Cataluña rige el sistema de libre investigación de la paternidad. Debo añadir, sin embargo, alguna puntualización respecto al vigente artículo 9, 4, del Código. Observa De la Cámara, con toda razón, que el artículo aparece redactado exclusivamente en contemplación a la relación paterno-filial ya constituida, por lo que se plantea la cuestión —que acaba rechazando— sobre si habrá de aplicarse la ley nacional de la madre cuando, como es lo más normal, ésta haya sido la relación primeramente constituida. En mi opinión, de la observación citada se deduce como problema esencial la necesidad de saber cuándo y hasta qué punto habrá de tenerse en cuenta la ley nacional del hijo, si por cualquier causa fuera diferente a la del padre. Por poner un ejemplo, si el hijo, español por haber nacido en España sin saberse su filiación (artículo 17, 4.º, del Código civil), es reconocido voluntariamente después por su padre inglés y visto que tal reconocimiento no supone atribución de la nacionalidad británica, parece indudable que habrá que aplicar la ley española del hijo, directamente, conforme al artículo 9, 1, del Código civil, para determinar el propio concepto de hijo natural y su capacidad para ser reconocido.

El capítulo III del libro, bajo el epígrafe “efectos de la filiación ilegítima” no trata, contra lo que pudiera parecer, del sistema vigente de nuestro Derecho positivo, el cual se da por supuesto y sólo es objeto en lo imprescindible de algunas notas explicativas. El propósito del autor es explicar las bases fundamentales que, según su criterio, deberían presidir la urgente reforma de nuestra legislación.

De la Cámara propugna como criterio esencial, el que denomina gráficamente “divisibilidad de la filiación ilegítima”, el cual, indica, no es un invento suyo, sino que tiene su base en ciertos fallos de la Jurisprudencia francesa, en el Código italiano de 1942 y, en cierto modo, en una racional interpretación del artículo 130 del Código español. Para llegar a la formulación de su tesis, indudablemente original a pesar de los precedentes que cita, parte De la Cámara de dos afirmaciones: que no es posible, sin destruir la familia, equiparar el estatuto jurídico de los hijos legítimos e ilegítimos, y que tampoco es posible subsumir dentro de un solo grupo todas las especies de ilegitimidad sin atender a su origen. Cerrados estos caminos, la mejora de los derechos de los hijos ilegítimos sólo es factible, según el autor, sobre la base de que las relaciones jurídicas que dimanar de la procreación se construyan de forma distinta, según se atienda a la filiación paterna o a la filiación materna. Como ejemplo límite, para exponer su pensamiento, cita el caso de que un hombre casado viole a una muchacha soltera: ¿por qué razón —se pregunta— el hijo ha de ser adulterino no sólo “a padre”, sino también “a madre”? En fin, el principio citado es la guía que le sirve al autor para desarrollar sus propuestas concretas sobre los derechos que deberían concederse al hijo ilegítimo no natural, incluido el espinoso problema de la filiación incestuosa, respecto del cual la única solución viable, seguida.

hoy por la nueva ley francesa, es procurar por todos los medios que el incesto no se descubra, de modo que sólo la filiación materna o la paterna quede legalmente establecida.

No voy a detenerme en el análisis pormenorizado de los derechos que, sobre el principio citado, estima el autor deben ser concedidos a los hijos ilegítimos no naturales. Sólo quiero recalcar que el derecho del hijo a llevar el apellido del padre adulterino debe ser admitido sin miedo a hipocresías. Como subraya De la Cámara, no hay por qué negar directamente este derecho al hijo, cuando la legislación del Registro Civil y la Circular de la Dirección de 21 de mayo de 1970 han hecho lo posible y lo imposible para conceder el apellido del padre casado al hijo de éste y de madre soltera, a través de la vía indirecta de un expediente gubernativo de cambio de apellidos.

En cuanto a la filiación natural, De la Cámara se muestra partidario del que llama principio de impenetrabilidad, por el cual el hijo natural sólo debe ostentar un "status filii" frente al progenitor que le reconoce, pero no un "status familiae" por el cual el hijo natural llegue a integrarse en la familia legítima del reconocedor. La determinación concreta de sus derechos la desarrolla el autor sobre el mantenimiento de tal principio.

Es obvio que éste apartado de la obra ha de ser forzosamente el de contenido más polémico. En las cuestiones "de iure condendo" las discrepancias entre los juristas no son perturbadoras, sino todo lo contrario. El diálogo puede servir para aproximar posiciones aparentemente irreductibles, para enriquecer el punto de vista individual y para confrontar las opiniones de los diferentes sectores sociales del país.

Creo, por este motivo, que me es obligado exponer mi parecer sobre esos dos principios básicos defendidos por Manuel de la Cámara, sin que ello suponga, por mi parte, ni desconocer el mérito indiscutible de su autor, ni pretender que otras soluciones sean preferibles. En síntesis, en relación a la divisibilidad de la filiación ilegítima, me parece que se trata de una idea altamente esclarecedora para resolver los problemas *actuales* de nuestro Código civil, singularmente las relaciones entre sus artículos 130 y 140, 2.º. La Resolución ya citada de 29 de noviembre de 1974 responde, en último término, a esa fructífera idea. Pero, en cambio, no veo seguro que aquella divisibilidad —desde luego necesaria para la filiación incestuosa— sea la panacea para resolver en el futuro las cuestiones sobre la filiación adulterina. La equiparación, con mínimas reservas, de los derechos de los hijos naturales y de los adulterinos puede ser, quizá, otro camino igualmente defendible con vistas a la reforma.

En fin, el principio de impenetrabilidad con relación a la filiación natural no es, a mi juicio, un postulado seguro para el Derecho futuro, puesto que no lo es tampoco para el Derecho positivo actual de nuestro Código. Los familiares del progenitor que reconoce resultan hoy directamente afectados por el establecimiento de la filiación natural, con resultados unos favorables y otros gravosos. Así lo afirma la Resolución de 26 de diciembre de 1968, que cita como ejemplos de ellos numerosos ar-

títulos del Código: 47, 84, 122 y concordantes, 134, 1.º, 144 y 145, 174, 176, 220, 227, 245, 293, 303, 682, 840 a 847, 939 a 945, 1.247 y 1.901, entre otros.

Quiero terminar esta reseña, ya demasiado extensa, continuando con el desarrollo de la idea que primeramente expuse al comenzarla. La claridad expositiva de Manuel de la Cámara tiene la virtud adicional de hacernos encarar de frente con los problemas tratados, de ofrecernos nuevos puntos de visión y de enseñarnos a saber relacionar los distintos aspectos del Derecho positivo. Estas virtudes del jurista práctico, como modestamente se autocalifica el autor en la capitulación final de su obra, no presentan sino ventajas a la hora de abordar el difícilísimo tema de la necesaria reforma de nuestro Derecho en la materia estudiada. La aportación de la obra que he comentado a esta tarea, ya emprendida oficialmente, es de un valor e importancia decisivos. Ningún intento serio podrá desconocer la multitud de sugerencias, a la vez inteligentes y comedidas, que nos ofrece el autor. No es misión del jurista buscar remedios preventivos a la situación gravemente patológica que afecta hoy, por muy diversas causas, a la institución familiar. Pero tampoco es lícito seguir la táctica del avestruz y desconocer la realidad. Como afirma textualmente De la Cámara en las líneas últimas de su extraordinario trabajo: "los estudiosos del derecho hemos de conformarnos con buscar soluciones justas para supuestos no queridos, pero irreversibles. En presencia de esos supuestos, es lícito afirmar, aunque la frase suene a paradoja, que el Derecho de familia empieza cuando la familia acaba".

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

*Letrado de la Dirección General de los Registros
y del Notariado*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: "Derecho de la persona". Editorial Montecorvo, Madrid, 1976. 223 págs.

Para el profesor Hernández Gil, el Derecho civil, como conjunto de normas, tiene por objeto la regulación de aspectos muy especiales de la persona. La persona humana es la base y el centro del Derecho civil o, en otras palabras, que el estatuto jurídico de la persona es, ante todo, el Derecho civil, y es en él donde la persona se proyecta en su entera dimensión. De aquí que la suerte del Derecho civil aparezca ligada a la persona. Si ésta sucumbe, sucumbirá también el Derecho civil. Pero entonces habrá desaparecido algo más que el Derecho civil: la organización cristiana de la sociedad.

Y según el profesor Díez-Picazo el Derecho de la persona es la primera parte institucional del sistema. El desmedido crecimiento de la llamada "Parte General", producto de una tendencia hacia una excesiva abstracción de los conceptos jurídicos civiles, aconseja su reducción y la formación con ellos de una sencilla "Introducción al Derecho civil", reservando a la primera parte institucional el "Derecho de la persona", exigido no sólo por la tradición jurídica, sino también, y aún con más fuerza, por el hecho, inconcuso a la luz del pensamiento cristiano, de ser la persona la primera realidad institucional del Derecho civil.

Dentro de esta concepción y sistemática, y como contribución a que el Derecho civil viva (!), se encuentra la importante obra del profesor Bercovitz que pasamos a comentar, editada, con esmerada presentación, por Montecorvo, S. A. En una docena de capítulos, el autor nos presenta toda la problemática civil de la persona humana. Precede al texto una alusión bibliográfica a las obras generales de los profesores Albaladejo, De Castro, Díez-Picazo/Gullón y Lacruz Berdejo, para el estudio del Derecho de la persona en el Ordenamiento jurídico español.

En el capítulo primero se examina "la edad", destacando las apreciaciones, críticas sobre la mayoría y la minoría de edad en el Derecho español. Para el autor parece evidente que nuestro Ordenamiento no mantiene en la actualidad el equilibrio adecuado entre el proceso de instrucción de los jóvenes y el reconocimiento de la plena capacidad de obrar. Nuestra Ley General de Educación extiende el período de aprendizaje mínimo de todos los españoles sólo hasta los dieciséis años, lo que pone de relieve la inadecuación total del proceso educativo por un lado y la mayor edad (a los veintiún años) por otro.

También nos encontramos un desajuste similar en la Ley de Contrato de Trabajo, que reconoce capacidad para contratar la prestación de sus servicios a los mayores de dieciocho años. Aquí se da también la contradicción de que:

al tiempo que nuestro legislador cantaba con palabras de gesta, en tono pretencioso y engolado, las excelencias de la juventud para colocar su mayor edad a los veintiún años (Exposición de Motivos de la Ley de 13 de diciembre de 1943), fijaba la plena capacidad laboral, la que afecta a la enorme mayoría de los españoles (carentes de bienes de producción), en los dieciocho años para atender a las necesidades de mano de obra del proceso de acumulación capitalista. Con lo que se venía a permitir a un joven de dieciocho años que contratase su trabajo (es decir, que se enajenase a sí mismo), mientras que se le prohibía comprar o vender por sí mismo con plena eficacia jurídica cualquier tipo de bienes.

Igualmente nos encontramos con semejantes desajustes en el Código penal, donde la responsabilidad penal existe a partir de los dieciocho años, aunque hasta los dieciocho años los jóvenes gocen de una circunstancia atenuante. Y otro sector, en el que la madurez del ciudadano debe erigirse en requisito indispensable, es el de servicio de armas. Piénsese la importancia que tiene en nuestra sociedad el confiar a una persona el ejercicio oficial de la violencia cuando ella sea necesaria, unido a la entrega de armas. Baste pensar en la sumisión de esa persona a una norma especialmente rigurosa como es el Código de Justicia Militar. Pues bien, la Ley Reguladora del Servicio Militar establece en el límite de diecisiete años el ingreso voluntario en el Ejército y en el límite de veinte años la prestación del servicio militar obligatorio. Con toda razón, el profesor Bercovitz se pregunta: ¿En qué quedamos: el joven de dieciocho años ha alcanzado o no el grado de madurez ciudadana mínima? Si la contestación es negativa, ¿qué sentido tiene el confiarle el manejo de armas? El mismo argumento se puede realizar frente a la nueva Ley de Caza, de 4 de abril de 1970 (arts. 3.º de la Ley y del Reglamento).

Cabría citar otras muchas normas que ponen de manifiesto la necesidad de ajustar el reconocimiento de la mayor edad a las cargas y responsabilidades que nuestro Ordenamiento atribuye a los jóvenes mayores de dieciocho años, como ocurre en materia de espectáculos y en el Código de la Circulación.

El capítulo segundo está dedicado a un tema de "palpitante actualidad" a la hora de aparecer esta monografía: "el sexo". El autor expone con gran detalle y sistemática la situación de la mujer en las distintas etapas del Derecho español. Partiendo de la condición de la mujer en el Código civil de 1889, se detiene en el examen de las reformas programadas por la Segunda República, con el abandono consiguiente de las mismas por el Régimen franquista. Los dirigentes políticos de la época republicana mostraron desde un principio una gran preocupación por mejorar la condición de la mujer dentro de una reforma general del Derecho de Familia. Basta con asomarse a la "Gaceta" de aquel período para ver corroborada esta inquietud.

Expone con brevedad, pero con gran densidad, la consideración jurídica de la mujer a partir de la Reforma del Código civil por Ley de 24 de abril de 1958, que constituye la reforma del Código más importante hasta su fecha, afectando a diversas materias (matrimonio, adopción, sucesiones y condición jurídica de la mujer). Especial atención presta el autor a la reforma del Código civil llevada a cabo por Ley de 2 de mayo de 1975, con la cual el legislador ha pretendido borrar todas las desigualdades y discriminaciones de la mujer que no estuviesen estrictamente fundadas en la atribución de la jefatura familiar al marido, en

principio. No se pretende, pues, establecer una igualdad absoluta entre ambos sexos, sino sólo suprimir las desigualdades que se consideran desfasadas e innecesarias. También se estudian las reformas introducidas por esta Ley de 1975 en el Código de comercio, cerrando el capítulo con la exposición crítica de la situación de la mujer en la actualidad, con una referencia muy completa a la condición de la mujer en los demás regímenes jurídicos civiles vigentes en España, es decir, en las distintas Compilaciones forales.

Especial atención presta el profesor Bercovitz a "la incapacitación", recogida en el capítulo tercero, donde el autor expone diversos puntos de vista muy originales y personales, que tal vez sean desarrollados con más extensión en una próxima obra (ya en prensa) que tratará "De la marginación de los locos y el Derecho". Sin duda la incapacitación total de los locos o dementes responde a la intención de nuestros codificadores. Y, por ello, mientras se refirieron en el artículo 218 del Código civil a una graduación de la incapacitación de los sordomudos, guardaron silencio en cambio con respecto a los locos. Ahora bien, este criterio ha quedado desfasado frente a los avances de la psiquiatría. El loco no es necesariamente una persona carente de razón. La variedad de las enfermedades mentales impone hoy en día la conveniencia (incluso para una mejor curación) de graduar también la incapacitación de los locos o dementes. Postura ésta que ha venido a reconocer el Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 6 de febrero de 1968, con lo que se culmina así una línea jurisprudencial iniciada en la Sentencia de 5 de marzo de 1947. Esta evolución jurisprudencial parece al autor digna de aplauso, a pesar de las críticas autorizadas y en parte justificadas que se han levantado contra ella.

Un último aspecto sobre el que el autor insiste es en la falta de vigencia real de este tipo de incapacitación, de acuerdo con las consideraciones legales. Lo que resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que la mayor parte de los enfermos mentales reclusos en hospitales psiquiátricos (más de 40.000 en España) están sin incapacitar. Esto ha sido propiciado también por el Decreto de 3 de julio de 1931, regulador de la materia. De acuerdo con la interpretación que se le ha venido dando en la práctica (prescindiendo totalmente de lo dispuesto en el Código civil), los internamientos se producen con la simple firma de un médico especialista y unos controles gubernativos que no ofrecen garantías suficientes para lo que, en última instancia, no es sino una privación de libertad. Constituye, pues, esta situación una muestra flagrante de la despreocupación de nuestro Código civil y de nuestro Ordenamiento en general por la protección personal de los ciudadanos desvalidos, que son frecuentemente "incapacitados" de hecho por la vía expeditiva de su reclusión sin garantías.

Con el mismo criterio de clara, breve y, a su vez densa exposición, el autor estudia en los siguientes capítulos "el domicilio", "la ausencia", "la nacionalidad" y "la vecindad civil". Los cinco últimos capítulos se refieren al "nacimiento y muerte", "estado civil", "registro civil", "concepto de persona y bienes de la personalidad" y, finalmente, "el nombre".

En la obra se prescinde prácticamente de notas a pie de página, lo cual da todavía mayor agilidad si cabe al interés que despierta su lectura. No obstante, al principio de cada capítulo, el autor recoge una breve, pero muy seleccionada, bibliografía española básica sobre el tema, que viene a completar el gran valor didáctico que el libro encierra.

La doctrina civilística española no sólo debe felicitar, sino también felicitarse, por esta nueva aportación del profesor Bercovitz, al estudiar un tema central y fundamental del Derecho civil de forma total y unitaria. Aquí radica, para nosotros, la originalidad mayor y la importancia de la monografía que, brevemente, hemos comentado sobre el Derecho de la persona humana.

FRANCISCO RICO PÉREZ

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad
Complutense de Madrid

MORENO MOCHOLI, Miguel: "El precario", 2.^a ed., con prólogo del profesor Amadeo de Fuenmayor. Pamplona, 1976. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Un volumen de 685 págs.

La obra del ilustre magistrado Moreno Mocholi sobre el precario es lo suficientemente conocida entre los estudiosos del Derecho y los prácticos de la justicia por su primera edición, ya agotada. Ahora, con esta segunda edición, el autor ha querido superar aquella primera, tanto en profundidad de estudio como de contenido y aun de estilo. Los nuevos aspectos procesales del juicio de deshaucio por precario, trámite, juicio verbal, además del cierre de su acceso a la casación (la última Sentencia del Tribunal Supremo es de 19 de noviembre de 1969), no podía menos de conducir al autor a formular un balance de lo interpretado por este alto Tribunal acerca del precario, profundizando en la génesis histórica de la institución hasta exponer una tarea crítica de las corrientes doctrinales modernas y contemporáneas hasta proponer, por último, una nueva normativa de *iure condendo*.

La consideración del precarista como poseedor en el Derecho romano clásico es tomada por el autor como la tesis genuina e impercedera para hacerla prevalecer actualmente con aquellos rasgos singulares de ser una *possessio ad interdicta* frente a terceros, pero no respecto al *precario dans*, a la vez de ser una posesión esencialmente revocable por la simple voluntad —*revocatio ad libitum*— del concedente. Rechaza, pues, la versión dual del precario, al ser incluido por la doctrina posterior entre los contratos y, especialmente, como una variante del contrato de comodato; para mantener que se trata de una situación posesoria dotada por el Derecho de un trato particular haciendo surgir entre el propietario y el precarista una singularísima coposesión, sin que por ello exista relación alguna obligatoria ni contractual.

Al profesor Fuenmayor, con su espíritu fino de gran maestro, le parece que para llegar a este importante resultado, que aleja el precario de la esfera de los contratos para situarlo decididamente en el campo de la posesión, tal vez fuera preferible hablar de un desdoblamiento de la posesión con relación a la cosa objeto del precario; por eso se inclina por la utilización de la terminología acuñada por Vallet de Goytisolo para calificar el supuesto como un caso claro de coposesión analíticamente integrativa o impropia.

La obra consta de dos partes bien definidas: una, de estudio histórico-crítico, con un amplio análisis para el precario en el Derecho romano clásico

y justiniano, así como de la época medieval y moderna; otra, sobre el Derecho constituido español, donde destaca de manera singular la labor de análisis de la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, para concluir con sus propuestas de Derecho constituyente acerca del precario.

Esta completa obra consta, además, de un índice de fuentes, otro bibliográfico y uno más analítico de materias, que la hacen muy práctica y manejable en la búsqueda de sus materias tratadas.

José BONET CORREA

PECOURT, Enrique: "Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada". I. Pamplona, 1976. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Un volumen de 451 págs.

El profesor Pecourt ha tenido el acierto de ofrecer reunida en una obra su brillante tarea de comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo en materia de Derecho internacional privado que fue desarrollando a lo largo de una etapa de su docencia universitaria. La utilidad práctica de poseer reunidos ahora todos esos estudios sobre casos conflictivos, que alcanza hasta 63 sentencias de nuestro Tribunal Supremo, es una muestra bien patente de la dirección que es seguida en este ámbito del Derecho internacional privado durante casi una década (1960 a 1968).

La joven escuela del Derecho internacional privado español está fortaleciéndose con estudios monográficos y de jurisprudencia de los que carecía en una etapa anterior, atendiendo así a las necesidades que plantean las relaciones mundiales contemporáneas, cada día más vivas, más complejas y más problemáticas.

El profesor Pecourt hace una contribución valiosa que, ahora reunida en esta obra, muestra los aspectos teóricos y prácticos surgidos de relaciones y casos conflictivos, donde se presentan los criterios preponderantes de la doctrina internacional más comúnmente aceptada, así como las posiciones de la española.

La obra ha reunido las sentencias del Tribunal Supremo de un período nuevo y en el que se intensifican las relaciones internacionales españolas y donde vienen enumeradas cronológicamente, destacándose la materia que cada una aborda y añadiéndose el comentario del autor. Al seguir este criterio cronológico quizá se haya pensado que de este modo quedaba más destacado y patente el sentido progresivo de esta jurisprudencia, puesto que la tarea de sistematización por materias viene realizada en un valioso y detallado índice de sentencias y resoluciones.

Las materias que abarcan estas sentencias, ordenadas alfabéticamente, son: la adopción, los alimentos en la filiación, la competencia judicial internacional, los contratos, la cuestión preliminar, los derechos adquiridos, el Derecho extranjero, el Derecho fiscal internacional, el Derecho laboral internacional, el Derecho penal internacional, los documentos extranjeros, el estado y capacidad de las personas, la extranjería, la filiación, el matrimonio, la nacionalidad,

el orden público, la prueba con documentos extranjeros, la sentencia arbitral extranjera, la sentencia extranjera y las sucesiones.

Por último, este primer tomo concluye con unos índices muy útiles y valiosos, como son la tabla analítica de materias (alfabética) (págs. 425 a 432), un índice cronológico de sentencias citadas (págs. 433 a 436), un índice de autores citados, así como una extensa bibliografía especializada de las materias tratadas (págs. 441 a 451).

José BONET CORREA

SEGUNDAS JORNADAS ITALO-ESPAÑOLAS DE DERECHO AGRARIO, en "Rivista di Diritto Agrario, 56 (1975), fasc. 4 esp., pp. 405-1194.

1. Tal como anunciáramos en el número anterior, la *Rivista di Diritto Agrario* ha dedicado el volumen correspondiente al último trimestre de 1975 a recoger íntegros los materiales de las "Segundas Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario" que, con el título preciso de *Il contratto agrario e gli affitti di fondo rustico*, se celebraron en Pisa, Alghero y Sassari los días 23 a 26 de mayo del año indicado, lo cual es muy indicativo de la importancia científica que este tipo de intercambios ha alcanzado.

Ha continuado, así, el diálogo comparatista que tanto ha enriquecido y contribuido al desarrollo de la ciencia del Derecho agrario en ambos países y que, iniciado hace ya una década por las "Jornadas Latinas", organizadas por la escuela zaragozana en 1964, ha sabido mantener el alto nivel técnico que le caracteriza como muestra la calidad de los trabajos que reúne el volumen que ahora comentamos, aparte de la que presentan los de las "Primeras Jornadas" y los discutidos en las recientes "Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario", realizadas en Jaca y Zaragoza en julio último, lo que viene a poner de relieve, una vez más, el papel de puente y de enlace entre el Viejo y el Nuevo Mundo, que, en esta materia, nuestro país sigue desempeñando.

De acuerdo con la metodología de construir el sistema del Derecho agrario por institutos, el coloquio tuvo por objeto, esta vez, la micro-comparación de la disciplina de los contratos agrarios, lo mismo en general (tema "A") que en particular del arrendamiento rústico (tema "B"). Ambos aspectos estuvieron a cargo de connotados maestros, según es ya habitual en estas reuniones, correspondiendo al profesor Salvatore Piras, de la Universidad de Sassari, desarrollar el primero en una magnífica relación general titulada *La nozione di contratto agrario*, así como el segundo fue tratado magistralmente por el catedrático de Derecho civil y vicerrector de la Universidad de Salamanca, profesor José Luis de los Mjzozos, en su ponencia general sobre los *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español*.

Junto a la intervención de cerca de cuarenta juristas italianos, entre los que podemos destacar por su consolidada especialización agrarista y en otros campos a los profesores E. Romagnoli, A. Carrozza, P. Grossi, N. Irti, U. Natoli, A. Trabucchi, V. Panuccio, L. Costato y A. Massart, además de un nutrido grupo de académicos más jóvenes, las "Jornadas" contaron con la participación de importantes juristas españoles, como los profesores I. Serrano y Serrano, L. Martín-Ballesteros y Costea, D. Espín Cánovas, M. Gitrama González, J. L.

de los Mozos, J. J. Sanz Jarque y A. Luna Serrano, a quienes se impuso la medalla del Ateneo de Pisa “por haber contribuido—con el pensamiento, el magisterio y la acción— al desarrollo de los estudios de Derecho agrario mediante intercambios culturales entre los Derechos de ambos países”, y una treintena de estudiosos de tal disciplina, tanto de sus respectivas cátedras como profesionales de la misma. No significó esto, sin embargo, una alineación nacional estricta de los participantes, pues así como hubo comunicaciones españolas al tema “A”, hubo también aportaciones de gran interés de los agraristas italianos en la discusión del tema “B”.

Mientras la apertura del congreso se efectuó en la Universidad de Pisa, con la asistencia del rector, profesor R. Favilli, su clausura, presidida asimismo por el rector, profesor A. Mirella, se realizó en la de Sassari. Durante las sesiones de trabajo hubo una gran cantidad de intervenciones orales de importancia, que, recogidas de grabaciones magnetofónicas, se publican al final del volumen (p. 1133 y ss), entre las que cabe destacar la relación de síntesis hecha por el profesor de la Universidad de Messina, V. Pannuccio, bajo el sugerente título de *Causa generica e causa variabile nei contratti agrari (Rilievi metodologici)* (p. 1181 y ss), materia en la que el autor ha probado ser un especialista consumado (*vid.* su reciente monografía *Teoria giuridica dell'impresa*, Milán, 1974).

2. En su relación general sobre el tema “A”, el profesor S. Piras comenzó por constatar la doble problemática de la *Nozione di contratto agrario*, pues si difícil es fijar hoy el concepto de contrato, tanto más es determinar el significado exacto de su adjetivación agraria. Tras una argumentación sólida, sin embargo, el autor demostró que, frente al primer problema, el contrato agrario mantiene su naturaleza convencional pese a la creciente heterointegración de su contenido cada vez más reglado, así como, en relación con el segundo, estimó que debe ser abierta la categoría estrecha de los contratos agrarios para la empresa o puros, como él los denominó, para dar cabida en ella a aquel contrato por medio del cual los verdaderos protagonistas del proceso productivo agrario se vinculan con la tierra, los trabajadores ligados a aquél mediante un contrato de trabajo subordinado agrícola.

No obstante ello y coincidiendo con la doctrina tradicional, la categoría autónoma de los contratos agrarios se forma para el autor por la identidad de su causa, si bien, en lugar de ser ésta un título habilitante para el ejercicio de la empresa, es señalada por el hecho del desplazamiento del derecho de goce mediante la contraprestación correspondiente al valor de uso del capital-tierra, hecho que es insensible *per se* ante la constitución o no de la empresa agraria por el titular del *uti frui* generado por la relación negocial sobre todo que, como él afirmara, no es del todo exacto que el Derecho italiano haya realizado la sustitución plena de la figura del propietario por aquella más dinámica, en hipótesis, del empresario. Dudando por ello de calificar al contrato agrario como un contrato para la empresa, reforzó el profesor S. Piras su posición destacando el paralelismo existente entre la regulación legislativa actual y el *dominium utile* del *Ancien Regime* que le recuerda la figura tradicional del *trust* angloamericano y que nada tiene que ver, a su juicio, con el nexo causal entre el contrato y la empresa que aquella otra concepción del contrato agrario supone, por lo que éste debe ser reconducido. concluyó, al mismo vicio instituto del contrario oneroso de cambio (p. 429 y ss.).

3. Acerca de esta problemática compleja se produjeron intervenciones abundantes en el curso del debate destacando la comunicación escrita del profesor A. Carrozza, *Contratto e impresa nel diritto agrario italiano* en la que, luego de analizar la evolución dogmática de la vinculación entre ambos institutos en la doctrina de su país, concluyó con acierto que la categoría unitaria de los contratos agrarios se forma por la identidad de su causa y que ésta sólo consiste en la *prefigurazione* de la empresa, existiendo así solamente una identidad funcional, pero no estructural, entre ellos (p. 501 y ss.). Insistiendo en la relación teleológica del contrato y la empresa, en cambio, se pronunció el profesor G. Giuffrida en su importante trabajo *Precisazioni per la nozione di contratto agrario* (p. 539 y ss), además de la relación de síntesis del profesor V. Panuccio que hemos alucido y de las intervenciones verbales de los profesores N. Irti (p. 1136 y ss.), A. de Martini (p. 1139 y ss.), G. Galloni (p. 1141 y ss.), A. Trabucchi (p. 1133 y ss.) y la de especial valor de síntesis debida al profesor E. Rognoli (p. 1173 y ss.), todas con diversas matizaciones.

Aunque hubo otras comunicaciones importantes de juristas italianos, como las de los profesores F. Salaris, *Sull'evoluzione del contratto agrario nella presente trasformazione de strutture ed istituzioni* (p. 560 y ss.), G. Vignoli, *Sulla individuazione del 'fondo', anche con riguardo alla prelazione legale agraria* (p. 578 y ss.) y del abogado P. Magno, *Contratto agrario e contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano* (p. 546 y ss.), que tocaron diversos aspectos de la cuestión, debemos destacar las aportaciones de validez general que sobre este tema hicieron los profesores D. Espín Cánovas, *El retracto de colindantes como medio de conservación de las estructuras agrarias* (p. 532 y ss.), L. Martín-Ballester, *Notas características de los contratos agrarios* (p. 556 y ss.), a quien motivos imprevistos le impidieron asistir, y A. Luna Serrano, *Los contratos agrarios en la compilación de Derecho civil catalán (Introducción)* (p. 592 y ss.), temática ésta que fue brillantemente desarrollada e ilustrada por su equipo de colaboradores en la Universidad de Barcelona integrado por los profesores P. Salvador Coderch, *Onerosidad y contratos agrarios* (p. 595 y ss.), C. Maluquer de Montes, *La enfiteusis en la compilación de Derecho civil especial de Cataluña* (p. 615 y ss.), A. Hernández Moreno, *Un contrato agrario español: la rabassa morta* (p. 627 y ss.), M. del C. Gete-Alonso y Calera, *Concepto y cuestiones acerca de la parcería y masovería* (p. 656 y ss.), F. Badosa Coll, *El contrato de boïga o boïgate* (p. 662 y ss.) y, por último, el trabajo conjunto del profesor A. Luna Serrano y P. Trepal Guañabens, *La aparcería pecuaria en el Derecho civil catalán* (p. 668 y ss.).

4. Una importancia no menor presentó la ponencia general que desarrolló el profesor J. L. de los Mozos, al agotar todos los aspectos del instituto que analizó, en particular, lo que cobra un matiz práctico especial si se considera que su criterio acerca de los *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español* se inserta entre los antecedentes que, en su día, ayudarán a la interpretación del Proyecto legislativo que sobre esta materia estudia actualmente la Administración en cumplimiento de lo previsto en el III Plan de Desarrollo, pues el autor forma parte de la comisión encargada de proponer las bases técnicas correspondientes.

Como es habitual en su metodología, el profesor J. L. de los Mozos partió de un diagnóstico histórico que señala las funciones del arrendamiento rústico

en cuanto instrumento de reforma y desarrollo agrario, según el cual la normativa vigente resulta inadecuada para regular hoy el instituto concebido como un contrato que, si no necesariamente pero sí de un modo generalizado por lo menos, es establecido por las partes para el ejercicio de una actividad productiva en la finca o fincas que comprenden su objeto y que corresponde a las nuevas condiciones económicas que el cambio social y tecnológico han generado en la sociedad industrial moderna.

Recogiendo la experiencia del Derecho comparado europeo sobre este punto, propuso el autor un conjunto sistemático de medidas muy bien fundamentadas que, a su juicio, exige una disciplina renovadora del arrendamiento rústico en España. Así, si la duración del contrato es superior a tres años, entendió que los aprovechamientos secundarios de la finca se deben comprender en el mismo, a no ser que correspondan a supuestos regidos por la legislación especial de pastos, hierbas y rastrojeras y de caza; como asimismo, si su extensión es inferior a dos unidades mínimas de cultivo y no configura la finca arrendada el complemento de otra explotación viable, sugirió que su tutela se otorgue por la legislación laboral excluyéndola de la arrendaticia, solución que el autor adoptó con acierto, también, para los actuales subtipos de arrendamiento protegido y de arrendamiento especialmente protegido, una vez que se extingan los contratos vigentes. Por el contrario, sostuvo que esta disciplina especial ha de incluir los arrendamientos familiares e, igualmente, que ha de ser lo bastante flexible como para dar cabida en ella a las peculiaridades regionales y la autonomía privada, en lo que se oponga al mínimo *ius cogens* que es preciso introducir en relación con los elementos personales del contrato; con la renta, su revisión, reducción, condonación y variabilidad; con la duración mínima que, propuso fijar en doce años prorrogables automáticamente, salvo oposición fundada del arrendador para llevar por sí el cultivo personal y efectivo; con la mantención de la prohibición del subarriendo pero no de la cedibilidad del contrato; con las causas tasadas de su extinción y con los rasgos esenciales de la disciplina de los arrendamientos complementarios y colectivo, aparcería y de los aspectos registrales y procesales que el instituto implica. Entre estas propuestas debemos destacar la relativa a introducir en nuestro ordenamiento un comportamiento productivo exigible al arrendatario conforme con el módulo conocido en el Derecho francés como cultivo directo y efectivo (cfr. arts. 845 y ss. *Code rural*) con arreglo al cual le corresponde el derecho y el deber de hacer mejoras agrarias a semejanza, por otra parte, del *usus* típico permitido por el *pacht* alemán (cfr. pars. 582 y 547, *BGB*), como asimismo, frente al difícil problema de las mejoras fundiarias, la de acordar al arrendatario una indemnización calculada por el valor total que ellas representen al momento de efectuarse la restitución, aparte de la posibilidad de que pueda ser convenida por las partes la constitución formal de un derecho de superficie o de vuelo respecto a ellas (p. 453 y ss.).

5. Distintos aspectos de este informe fueron ampliados y profundizados por los miembros de la cátedra del ponente en la Universidad de Salamanca, entre los que figuraron, con aportaciones de gran interés, los profesores E. Llamas Valbuena, *Arrendamientos rústicos excluidos de la legislación especial por razón de las personas* (p. 934 y ss), M. del C. Gómez Laplaza, *Subarriendo y cesión de arrendamientos rústicos* (p. 888 y ss.), M. J. Herrero García, *Aprovechamientos excluidos de la legislación especial de arrendamientos rústicos* (p. 909

y ss.), B. M. Reimundo Yanes, *La finca como objeto del arrendamiento* (p. 973 y ss.), y C. S. Vattier Fuenzalida, *Las mejoras agrarias en la evolución legislativa de arrendamientos rústicos en España* (p. 1091 y ss.)

Del mismo modo, la Facultad de Derecho de Valladolid desarrolló diversos aspectos de esta temática, comenzando por el profesor I. Serrano y Serrano, *Suerie del arrendamiento de finca hipotecada* (p. 1041 y ss.), y su equipo formado por los profesores J. López Pérez, *Arrendamiento de solares* (p. 949 y ss.), R. de Marino, *Arrendamiento de criaderos de animales* (p. 782 y ss), I. Serrano García, *Arrendamiento de pastos* (p. 1025 y ss) y T. Torres García, *Arrendamientos rústicos que versan sobre cosas que no son fincas ni fincas rústicas* (p. 1078 y ss.); como asimismo, por los profesores de la Universidad de Valencia, M. Gitrama González, *Reflexiones sobre los arrendamientos rústicos colectivos* (p. 837 y ss.) y L. Amat Escandell, *Los arrendamientos forzosos* (p. 701 y ss) y de la de Madrid, J. J. Sanz Jarque, *Sobre las diversas formas de tenencia de la tierra y en especial del arrendamiento rústico en España* (p. 1012 y ss.), aparte de la interesante aportación del Magistrado del Tribunal Supremo, don Antonio Agúndez Fernández, sobre la *Jurisdicción de arrendamientos rústicos, con especial consideración de los sistemas italiano y español* (p. 687 y ss.).

Tampoco faltaron comunicaciones de los agraristas italianos sobre este tema, como las de los profesores U. Breccia y F. D. Busnelli, *Edilizia, agricoltura e tutela delle abitazioni rurali* (p. 714 y ss.), E. Capizzano, *Linee metodologiche per un ripensamento in chiave dogmática del problema dei miglioramenti alle tucce della nuova disciplina dell'affitto di fondi rustici e con particolare riferimento alla posizione dell'affittuario coltivatore diretto* (p. 746 y ss.), E. Casaçei, *L'indemnità a favore dei concessionari di contratti agrari in caso di espropriazione* (p. 761 y ss.), L. Costato, *Primi spunti critici sulla legge nazionale di applicazione delle directive comunitarie sulla riforma dell'agricoltura* (p. 774 y ss.), A. GERMANÒ, *Le vicende dell'affitto di fondi rustici sul piano processuale* (p. 808 y ss.), A. Massart, *Sull'obbligazione di 'consegnare' nell'affitto agrario* (p. 960 y ss.) y P. Vitucci, *'Conditio indebiti' dell'affittuario di fondi rustici e prescrizione* (p. 1119 y ss.), que versaron sobre otros tantos aspectos específicos del mismo.

6. Para terminar esta nota, quisiéramos destacar la nueva modalidad de trabajo que comienza a insinuarse en nuestras Facultades, por lo menos en cuanto a los centros que se dedican a la investigación del Derecho agrario se refiere. Se trata del trabajo en equipo que, como hemos visto, está realizándose en las cátedras de Derecho civil de Barcelona, Salamanca y Valladolid, hasta donde sabemos. Las comunicaciones presentadas a estas "Jornadas" muestran que sus miembros conforman un grupo integrado en la labor científica en común, pues sobre la base de un esquema central que señala las líneas generales fijadas por el responsable del grupo, en este caso por el catedrático, los demás desarrollan sus aspectos particulares pudiendo investigar y profundizar, así, hasta en sus detalles más mínimos la problemática tratada en conjunto. Y esto, con el resultado ampliamente satisfactorio del que dan cuenta el rigor científico y la originalidad de los planteamientos que, ciertamente, muchas de ellas presentan.

DR. CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Profesor de Derecho civil en el Colegio
Universitario de León

ZEHETNER, Franz: "Geldwertklauseln im Grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr". Tübingen, 1976. J. C. B. Mohr, Paul Siebeck. Un volumen de X + 161 págs.

Desde la inauguración del sistema monetario internacional, instaurado por los aliados en "Bretton Woods" (1944), hasta que hizo crisis (1971), al ser proclamada la inconvertibilidad del dólar, el ámbito de las relaciones financieras y comerciales del mundo occidental contaron con una relación de paridades fijas para el intercambio de sus divisas. Desde la quiebra de este sistema se desvela la gran inflación del dólar, especialmente del "eurodólar" y aparece en el mercado la "flotación" para el cambio de las divisas.

Entre los remedios que se propugnan para paliar esta confusa situación, insegura y cambiante, donde se une al diverso valor en cambio entre las distintas monedas, la pérdida del valor o poder adquisitivo de muchas de ellas aparecen en la práctica comercial las llamadas "cláusulas de estabilización" del valor de dichas monedas; se trata de elegir un índice valorativo que equilibre, corrija y mantenga su poder adquisitivo.

Un estudio sobre estas cláusulas estabilizadoras del valor monetario es el que lleva a cabo un colaborador prestigioso del distinguido especialista alemán en esta materia, el profesor HAHN, quien contribuye a la obra de Franz ZEHETNER, compuesta de cinco amplias partes. Después de una introducción, en la que se refleja la discusión actual de los autores sobre la posibilidad de aplicación de estas cláusulas frente al principio nominalista, acogido por las legislaciones, analiza el fenómeno de la inflación y de las técnicas jurídicas empleadas para combatirla mediante el empleo de estas cláusulas estabilizadoras. De aquí que en su estudio se recojan todas aquellas modalidades aparecidas en la práctica que tratan de defender a los acreedores o ya a los deudores.

Dentro de estas cláusulas juega un papel importante de estabilización el índice monetario elegido por las partes. De aquí que el autor, después de presentar los inconvenientes actuales que tendría el elegir cláusulas con índice oro o valor oro, se decide por la aplicación de otros índices, como son las "unidades de cuenta europeas" o por los "derechos especiales de giro", que actuarán como monedas de cálculo en las transacciones internacionales, aunque el pago se haga en la moneda local del lugar de cumplimiento o bien en la moneda pactada.

De gran interés es el estudio que hace el autor de aquellas típicas cláusulas de estabilización, sus modalidades diversas y su manera de empleo dentro del ámbito mundial, que se ejemplifica en un anexo, donde se exponen los casos ya aplicados de dichas cláusulas para las transacciones internacionales.

La obra se concluye con unos índices muy bien trabajados sobre la bibliografía en este ámbito, sobre las materias más fundamentales de los países, así como de las empresas consultadas. En definitiva, una importante aportación sobre las técnicas jurídicas empleadas para combatir la inflación en el ámbito internacional privado.

REVISIA DE REVISTAS

A cargo de

JOSE RAMON ANTON RIESGO

HERRERO GARCIA, María José: "Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente compilación". R. D. N. núm. LXXXVIII, abril-junio 1975, págs. 253 y ss.

En cinco grandes apartados se divide el presente trabajo, que como dice su autora en la breve introducción tiene por objeto determinar a lo largo de la historia del derecho catalán la problemática fundamental sobre el tema de los contratos onerosos entre cónyuges y estudiar su vigente formulación, señalando en este ámbito del derecho matrimonial, las principales consideraciones, que, en comparación con el Código civil, ofrecen interesantes peculiaridades.

En efecto, el epígrafe segundo examina con profundidad toda la variada gama de especialidades históricas del Derecho catalán, a través de sus textos más importantes como el *Recognoverunt Proceres*, *Commemoraciones de Pere Albert*, las ordenaciones locales, el orden de prelación de fuentes, haciendo especial mención del derecho particular y peculiar de Tortosa.

En la época de la Codificación trata con especial detenimiento la Memoria de Durán y Bas y la influencia que tiene en la región el Código civil, sobre todo en materia de capacidad de la mujer casada y el criterio restrictivo en materia de donaciones y contratos onerosos entre cónyuges.

La parte más importante de su trabajo se dedica a la exposición detallada y científica de la actual regulación de la materia en la vigente compilación. Así, pues, estudia desde la libertad de pacto en la elección del régimen económico matrimonial hasta el régimen supletorio de la separación de bienes, pasando por las normas que inciden en el principio de validez de los contratos onerosos entre cónyuges. Más adelante, se detiene en consideraciones sobre el actual artículo 322 de la compilación, así como sobre las obligaciones conjuntas entre marido y mujer; concluyendo el trabajo con el juicio crítico que a la autora le merece la compilación y su comparación con el Código civil.

BLANQUER UBEROS, Roberto: "Excepciones a la regla "locus regit actum" en materia de disposiciones mortis causa, sucesiones y transmisión de bienes inmuebles". R. D. N. núm. LXXXVIII, abril-junio 1975, pág. 71.

El trabajo, ponencia presentada por la Delegación española al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, es una exhaustiva monografía de la materia en nuestro derecho.

Partiendo de una serie de premisas con relación a las distintas materias, que constituyen el epígrafe general, su autor va señalando las reglas de tipo general y sus más reconocidas excepciones.

Se hace una especial reseña de la materia relativa a las disposiciones, con especial desarrollo de las formas de los testamentos, abierto, cerrado, ológrafo, mancomunado, en alta mar, en nave aérea, etc. En materia de transmisiones inmobiliarias, se distingue entre enajenación de inmuebles, situados en el extranjero, en diferentes países, etc. Se detiene especialmente en el artículo 11 del nuevo título preliminar del Código civil, examina igualmente los artículos 10, 688, 733, 734, 751 y 51 del mismo cuerpo legal, el artículo 600 de la ley de enjuiciamiento civil y en general los preceptos de cuerpos especiales relativos a la forma.

Es sin lugar a dudas de ninguna clase, un trabajo denso, profundo, y con peso específico propio que revela la gran formación y preparación de su autor, cabeza brillante del notariado hispano.

AGUILAR GARCIA, Manuel: "Notas acerca de la capacidad, constitución, y representación en la ley de Cooperativas de 1974". R. D. N. núm. LXXXVIII, abril-junio 195, págs. 27 y ss.

Con una breve introducción, el autor nos lleva por el campo de las cooperativas, señalando que en materia relativa a capacidad de las personas naturales para constituir las ha quedado la ley desarbolada y sin coherencia.

El apartado II, se dedica al examen de los caracteres de esta institución, donde a juicio del intérprete figuran las notas de afectación, en principio al campo del Derecho privado, son desde luego auténticas sociedades mercantiles, se ha reducido el carácter personalista de estas sociedades y se ha oscurecido el carácter democrático del régimen cooperativo.

El apartado III, se dedica a la investigación de los elementos personales y su problemática en torno a la constitución de la cooperativa. Así se enumera, al mayor de dieciocho años con su especialidad, a la mujer casada mayor de dieciocho años, materia en la que se produce un trastoque de su capacidad y un adelantamiento de la reforma de 1975.

El epígrafe IV, se dedica a la constitución y en él se distinguen los momentos de promoción, redacción de estatutos, otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

Es de advertir que los estatutos deben ser aprobados por el Ministerio de Trabajo y únicamente se alude a "toma de razón en el "Registro Mercantil", no obstante debe de inscribirse en el Registro de Cooperativas. Concluye el examen de la materia con las cuestiones que se pueden plantear en orden a la representación de las cooperativas, estudiando las distintas figuras y órganos representativos de las mismas, tales como: la Asamblea General, el Organismo del Consejo Rector y su Presidente, así como la obligatoriedad de la figura del director en las llamadas cooperativas de primer grado.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: "La dación en pago". R. D. N. núm. LXXXVII, enero-marzo 1975, págs. 79 y ss.

Un trabajo de enorme claridad, en el que siguiendo las líneas tradicionales en cuanto a la enumeración y detalle de los epígrafes, se estudia la figura de la dación en pago.

Desarrolla en primer término, el concepto doctrinal y legal de la figura para matizar el propio del autor, partiendo de otras posturas anteriores, llegando a la conclusión de que es un contrato nominado y atípico.

Son sus caracteres, a juicio del autor, ser un contrato, con cierta tipicidad social, que sustituye la primitiva obligación por otra prestación de distinta naturaleza.

Estudia la diferencia entre la dación en pago y la obligación alternativa, dentro del tercer apartado de su trabajo e igualmente las notas y caracteres que diferencian esta figura obligacional de instituciones más delimitadas como la compraventa o la permuta.

En la parte destinada a la investigación de los efectos de esta figura, afirma que el fundamental se halla constituido por la sustitución del objeto de la prestación inicialmente estipulado por otro distinto y aun de diferente naturaleza.

Por último, en el epígrafe destinado a conclusiones, sienta después de resumir las que venimos señalando que la dación en pago no produce efectos extintivos de la obligación anterior, sino que surge a la vida del derecho como una especie de obligación subsidiaria.

MENDEZ APENELA, Eduardo: "El complemento de la capacidad del menor emancipado y la ineficacia de sus actos". R. D. N. número LXXXVII, enero-marzo 1975, págs. 7 y ss.

Con la advertencia de que no se recoge la ley de 2 de mayo de 1975, se hace un estudio, que como dice su autor está constituido por dos partes casi independientes. En la primera, se estudia el complemento de la capacidad y en la segunda la ineficacia de los negocios concluidos por el menor sin el consentimiento familiar necesario.

Con relación al primer problema, se estudian las personas que deben prestar su consentimiento, la duda entre si debe ser tutor ocasional o defensor judicial, en algunos casos; la duda de si hay oposición de intereses entre tutor y menor, etc.

Continúa con el examen sobre la naturaleza del consentimiento del menor emancipado, afirmando que el complemento de éste ha de ser ocasional y particular pero no general y se detiene, con especial interés en el examen del consentimiento posterior por parte de las personas encargadas; y desarrolla la posibilidad de alzarse contra la negativa a prestar el consentimiento, así como se fija en los complementos especiales, tales como: pactos nupciales, capitulaciones matrimoniales, y comparecencia en juicio.

La segunda parte del trabajo es dedicada a la investigación de la eficacia general y la de supuestos especiales. Con relación a la primera, después de hacer un detallado examen de la jurisprudencia, estudia la figura que se debe aplicar, ya sea ésta nulidad o anulabilidad, la posibilidad de la confirmación y la eficacia de los actos del menor desde el punto de vista de las enajenaciones y su acceso al Registro de la Propiedad.

En los supuestos especiales, hace especial referencia a los casos de apoderado en contravención al artículo 59 y 317, donaciones por razón de matrimonio.

El trabajo lleva al final una nota, con las variaciones introducidas por la reforma de 1975 sobre los artículos 61, 229 y 1.361.

El primero restringe la capacidad del menor emancipado para comparecer en juicio, aumento de la capacidad del menor en caso de llegar a la patria potestad en el segundo y supresión del complemento de capacidad del artículo 1.361.

LUCAS FERNANDEZ, Francisco; PEREZ-JOFRE, José Manuel, y RODRIGUEZ-ADRADOS, Antonio: "La evolución de la familia en materia de filiación y relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges". R. D. N. LXXXIX-XC, 1975, págs. 185 y ss.

El trabajo es la ponencia presentada por el Notariado español al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

Lucas Fernández examina con criterio tradicional las relaciones personales de los esposos, tras una breve introducción, sienta los criterios actuales sobre la obligación de cohabitación y fidelidad, más adelante estudia la equiparación del "status" de mujer al del marido con la abolición consiguiente de la patria potestad marital.

Estudia los efectos de la separación en orden al esquema de su trabajo y finalmente concluye con el estudio de la disolución del matrimonio y sus efectos.

La cuestión relativa a los efectos patrimoniales del matrimonio es examinada por Pérez Jofre que divide el trabajo en seis apartados, dedicados sucesivamente a capitulaciones matrimoniales, régimen de separación, régimen de comunidad, los contratos entre cónyuges, ejercicio del comercio por casados y la sucesión del cónyuge.

La evolución del derecho de familia en la materia relativa a filiación es estudiada por Rodríguez-Adrados, el cual tras una breve introducción se detiene en el examen de la filiación legítima, pasa posteriormente a comentar la filiación natural, la legitimada, la ilegítima no natural y concluye su trabajo con el examen de la filiación adoptiva.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: "Las compras de la mujer casada". R. D. N. núm. LXXXVIII, abril-junio 1975, págs. 433.

A lo largo de ciento cuarenta y seis páginas nos lleva el autor en este trabajo, escrito al efecto, para el homenaje en honor de Roca Sastre a lograr una finalidad concreta, demostrar que la mujer casada en régimen de gananciales puede comprar bienes inmuebles sin intervención ni comparecencia de su esposo y que estas compras son inscribibles, sin salvedad alguna, en el Registro de la Propiedad, ya sea la compra con precio aplazado, se entregue el precio de presente, o el vendedor confiese haberlo recibido con anterioridad, tenga el mismo, carácter ganancial o privativo, se asevere y acredite o no se haga manifestación alguna al respecto y haga la compra para sí o para la comunidad. Divide el magnífico trabajo en tres partes fundamentales, después de una breve introducción y postremente ejerce la crítica de las teorías más importantes sobre la materia.

El primer apartado se dedica a la exposición de las teorías más comúnmente admitidas, el segundo es dedicado al examen y aplicación de las mismas en el derecho anterior a la ley de 2 de mayo de 1975, para el tercero hacer especial examen de las repercusiones efectuadas por el nuevo texto legal de 1975.

El trabajo es de una densidad tan fuera de lo común que necesita un esfuerzo intenso para sintonizar con su contenido, tan perfecto, tan documentado desde el punto de vista bibliográfico, tan ponderado en la emisión de sus juicios que no dudamos será considerado como base de partida para el futuro y que ha de marcar un hito en la materia y en el estudio de la misma.

DIEZ GOMEZ, Aurelio: "Comentarios de urgencia a la reforma de 2 de mayo de 1975". R. D. N. núm. LXXXVIII, abril-junio 1975, págs. 349 y siguientes.

Afirma el autor que esta reforma es una de las más importantes y que, sobre todo, es trascendental desde el punto de vista práctico.

El sistema que sigue en la exposición y que anuncia en el pórtico del trabajo es similar a su trabajo en la misma revista sobre la Ley de 24 de abril de 1958.

En materia relativa a nacionalidad, advierte la supresión del artículo 19, por la que no se extiende a la mujer la nacionalidad obtenida por el marido; sigue con la expresión genérica del artículo 20 y su modificación, así como la supresión de "extranjeros que hayan contraído matrimonio con españolas".

Dedica al artículo 21 la mayor importancia de la materia en cuestión de pérdida, examinando la prohibición de ésta "incluso por razón de matrimonio, si España se hallare en guerra".

En materia de matrimonio estudia desde el artículo 57 hasta el 1.444 pasando por los intermedios, tales como el 58, con las modificaciones del domicilio, el 59, con la administración del matrimonio al marido, salvo

pacto en contrario, el 60, contadas las novedades que aporta, 61 y 62, con toda la problemática a que pueden dar lugar, así como igualmente los artículos 63, 64 y 65. Examina las cuestiones relativas a nulidad y separación de matrimonios del artículo 68, los efectos de la ejecutoria de separación del 73; estudia las cuestiones que plantea el supuesto de prodigalidad en los artículos 224 y 225, y la posibilidad que plantea el nuevo artículo 189 al que considera inútil por repetir el texto de otro.

Finalmente, examina el resto de la reforma y sus consecuencias desde el punto de vista práctico, en el que el autor se muestra como un gran maestro.

ALFEREZ CALLEJON, Gabriel: "El registro de actos de última voluntad". R. D. N. núm. LXXXIX-XC, págs. 437 y ss.

Es un documentadísimo trabajo sobre la materia que además tiene el prurito de ofrecer nuevas soluciones acomodadas a los tiempos modernos. No es un trabajo esencialmente científico sino que añade a esta nota que indudablemente posee una serie de datos prácticos que llevan al lector a quedar perfectamente enterado de lo que en realidad es el Registro.

Después de su concepto hace un examen histórico de la materia, estudia su finalidad, el contenido así como igualmente su organización y funcionamiento.

Es curioso la serie de normas simplemente de carácter administrativo y de régimen interior que hay que tener en cuenta para llevar el Registro Central, así como el de los respectivos Decanatos, la intercalación de las tarjetas, la refundición de las mismas, y la distribución del trabajo.

Examina el contenido de la publicidad, material y formal, la tramitación de las instancias y la certificación relativa a las circunstancias y datos que se hayan señalado.

Las normas sobre rectificación de errores, los plazos de expedición y el valor de las propias certificaciones son objeto del apartado VII y con el examen de los datos administrativos y la propuesta de un nuevo tipo de formato concluye su documentado estudio.

CASTAN VAZQUEZ, José María: "Las primeras ediciones privadas del Código Civil". R. D. N., núm. LXXXIX-XC, págs. 47 y ss.

Trabajo que se publica también en el libro homenaje al profesor De Castro.

El autor, afirma en el prólogo, a guisa de introducción que su propósito es hacer una especie de recuerdo hacia las ediciones de esta índole, que se han visto privadas de estudiosos que trabajaran sobre ellas, a diferencia de las ediciones oficiales, sobre las cuales existe el documentado trabajo de Jerónimo López y Carlos Melón, incluso con su propia edición. En el apartado segundo del trabajo, Castán examina con una visión

panorámica, el momento jurídico español de aquel tiempo, limitando a los diez años primeros de vigencia del Código civil. El apartado III lo dedica al examen pleno y completo de cada una de las ediciones más famosas.

Entre ellas destacan, la de Abella, la de Falcón Bravo, "Gaceta Jurídico-universal", "Revista de Derecho Internacional", "Revista de Legislación y Jurisprudencia", la "Gaceta del Notariado", Bofarull edición de la librería Hernando, Fernando Fe, edición comentada de Apalategui, Abelardo, Bonel, Medina y Marañón, edición comentada de Manresa, Alcubilla, Gil Domínguez, Robles Pozo y por último la edición novísima de Medina y Marañón.

Finalmente, concluye su trabajo con las conclusiones oportunas sobre la cuestión, señalando que algunos juristas en sus comentarios a estas ediciones sientan las primeras opiniones doctrinales sobre las materias contenidas en el Código civil.

MENENDEZ-VALDES GOLPE, Eduardo: "Primera impresión ante la reforma del Código civil". R. D. N. núm. LXXXVIII, 1975, abril-junio, pág. 403.

El autor, poseedor de un gracejo y una jocosidad poco comunes, unido a unas dotes de gran jurista nos lleva de la mano sin el más mínimo esfuerzo por parte del lector y no se introduce sin darle importancia en uno de los temas más importantes y celebrados del momento actual. Es curioso que siendo un trabajo carente de notas, llamadas y que carece en absoluto de pretensiones, saquemos al final de su lectura la impresión de gran dosis de sentido común, inteligencia y claridad de gran jurista que posee el autor; y que además nos hayamos enterado de esas notas familiares y oportunas que sabemos que están en la ley pero que nada ni nadie nos han hecho pensar que son tan fáciles de extraer.

Examina los artículos de la reforma, pudiéramos decir que a palo seco, pero añadiendo de su cosecha propia los más finos ingredientes de claridad y precisión y sobre todo su gran visión práctica, nos aporta soluciones que se podrán seguir o no, pero que nos sirven de guía y de orientación, en tanto los órganos más altos de nuestra jurisprudencia se pronuncien sobre las cuestiones que se puedan plantear.

El trabajo, repito, se lee sin esfuerzo de ninguna clase, deseando incluso que no se termine, pues es una auténtica delicia que entre bromas y veras no aclara ideas, nos sugiere soluciones y nos descifra circunstancias y matices que revelan al autor como una gran figura de jurista.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Evicción de cargas". R. D. N. núm. LXXIX-XC, julio-diciembre 1975, págs. 9.

El maestro Núñez-Lagos, nos da de nuevo en el presente trabajo una muestra más de su capacidad técnica y jurídica, así como de su personal saber. Con la afirmación de que el viejo apartado de cargas de las viejas

escrituras ha quedado insuficiente en el momento actual, al igual que los Registros de la Propiedad, que no van más allá de las hipotecas y embargos, construye una formulación diferente y actual en torno a las figuras que histórica y legislativamente han integrado el citado apartado.

Examina el aspecto formal de la cuestión, desde el punto de vista histórico, con la relación de los más antiguos y famosos formularios pasando en su examen, por las pragmáticas de 1539 y 1768, el estado del problema en la época anterior a la promulgación de la primitiva ley Hipotecaria.

En el aspecto sustantivo, estudia el concepto de evicción en el derecho romano, en las Partidas, las obligaciones del vendedor, investiga sobre el concepto de evicción parcial, la distinción entre servidumbres aparentes y tácitas, señala las diferencias entre la "actio stipulatu" y las análogas; concluyendo su trabajo con el examen de la jurisprudencia.

Es de hacer constar que el presente estudio aunque aparece en la revista se publica igualmente en el libro de homenaje a don Federico de Castro.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de 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 (Lás Palmas).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
 RFL = Revista del Foro (Lima).
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
 RLJ = Revista de Legislaçao e Jurisprudença (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
 RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
 RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
 RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
 SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
 SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
 T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
 UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
 ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: NOMBRAMIENTO DE CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—Es inscribible una escritura de separación de administradores y nombramiento de nuevo consejo, aun cuando no figurasen en el orden del día de la junta convocada, que solamente indicaba la aprobación o censura de la gestión social, pues la separación puede tener lugar en cualquier momento de la vida de la sociedad, y el subsiguiente nombramiento de consejo no es más que una consecuencia obligada de la anterior decisión. (Resolución de 13 de marzo de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de abril de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura de 4 de febrero de 1972 se constituyó la Compañía Mercantil HORPO, S. A., que fue inscrita en el Registro de Barcelona; que por acuerdo del Consejo de Administración se convocó Junta general ordinaria, que tendría lugar el 8 de junio de 1973, con el siguiente orden del día:

1.º Examen del ejercicio de 1972. Memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias. Aprobación, en su caso, y aplicación de resultados. 2.º Aprobación o censura de la gestión. 3.º Designación de accionistas censores de cuentas para el ejercicio de 1973 (titulares y suplentes). 4.º Ruegos y preguntas. 5.º Aprobación del acta de la Junta, o, en su caso, nombramiento de interventores"; que oportunamente se publicaron anuncios de la convocatoria en el "B. O. del E." correspondiente al 18 de mayo anterior y en el "Diario de Barcelona" del 22 del mismo mes; que la Junta tuvo lugar el día señalado y en el local previsto, con asistencia de 3.145 acciones de las 4.000 existentes y que representaban el 78,62 por 100 del capital desembolsado, adoptándose con el voto favorable de 2.397 acciones (el 71,21 por 100 de los asistentes y 59,92 por 100 del capital desembolsado) el acuerdo de separar a los cuatro administradores que integraban el Consejo de Administración: don Jesús Rodríguez Bueno, don Jaime Llaneras Fuster, don Antonio Elcano Reta y don Luis Sagüés Amorena, nombrándose para sustituirlos un nuevo Consejo de cinco miembros, compuesto de la siguiente forma: "Don Jaime Llaneras Fuster, como presidente; doña Trinidad Pérez Navarro, doña Mercedes Usechi Mayo y don Jesús Rodríguez Bueno, vocales consejeros, y don Luis Sagüés Amorena, como Vocal Secretario. Todos ellos de nacionalidad española. Por plazo de diez años, cesando dos, por sorteo, a los cinco; "que los señores Llaneras y Sagüés, presentes en el acto, aceptaron sus cargos manifestando no comprenderles ninguna incompatibilidad; que se delegó en estos dos consejeros, indistintamente, para que "en representación de la Junta general comparezcan ante Notario y eleven a escritura pública los acuerdos tomados en dicha Junta general, susceptible de inscripción en el Registro Mer-

cantil"; y que, en cumplimiento de este acuerdo, don Jaime Llaneras Fuster otorgó el 12 de junio de 1973, ante el Notario de Barcelona, don Vicente Coca y Coca, la correspondiente escritura;

Resultando que presentada en el Registro primera copia del citado documento fue calificado con la siguiente nota: "Examinado este documento, acompañado de un ejemplar del "B. O. E." número 119, de 18 de mayo de 1973, y de otro del periódico de Barcelona "Diario de Barcelona", del día 22 de los mismos mes y año, se deniega su inscripción por infringirse el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que en la convocatoria de la Junta general, cuyos acuerdos se formalizan en la precedente escritura, no se consigna entre los asuntos a tratar el nombramiento de nuevo Consejo de Administración, lo que se lleva a efecto en la propia Junta. El defecto se estima insubsanable, no procediendo anotación de suspensión";

Resultando que don Jaime Llaneras Fuster interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el problema que se plantea consiste en dilucidar la forma de reemplazar a los Administradores cesados por una Junta general usando de la facultad que le confiere el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas; que consecuencia de la facultad de destitución que corresponde a la Junta en cualquier momento sin necesidad de que tal extremo conste en el Orden del día (Resolución de 26 de febrero de 1953) es el derecho de reemplazar a los destituidos en el mismo acto, ya que, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, los Administradores constituyen un órgano necesario, no sólo para el funcionamiento sino para la existencia misma de la sociedad; que en los casos de remoción íntegra de un Consejo —o en la hipótesis de un administrador único—, de no atribuirse la facultad de nombrar reemplazantes, jamás podría convocarse una Junta posterior; que en un caso casi análogo, la Resolución de 24 de junio de 1968, para que la Sociedad no quedase sin administradores, acudió a la figura de los administradores de facto; que aunque la Ley establece en su artículo 53 que en el anuncio de la convocatoria se harán constar todos los asuntos que hayan de tratarse en la Junta, el 73 dispone que si durante el plazo para el que fueron nombrados los Administradores se produjeren vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta general que se pronunciará sobre los nombramientos hechos; que si tales vacantes se produjeren después de publicada la convocatoria de una Junta y antes de que ésta se celebre, la misma podría ratificar las designaciones realizadas constituyendo el supuesto una excepción a la regla general del artículo 53; que con mayor razón si las vacantes se producen en la misma Junta por motivos de utilidad o conveniencia, en situaciones que aconsejen la destitución o dimisión en bloque de toda la Junta anterior, la exigencia de convocatoria de nueva Junta constituiría un entorpecimiento que podría dificultar la buena marcha de la Sociedad, sin que sea admisible, por el contrario, la alegación de que una minoría pueda apoderarse por sorpresa de la dirección de una sociedad, ya que siempre quedaría a los socios mayoritarios el recurso de pedir la inmediata suspensión de los acuerdos perjudiciales, mediante la vía del número 4 del artículo 70; y que la simple lectura de la escritura calificada y certificación que la acompaña pone de manifiesto que la Junta se celebró en primera convocatoria, los acuerdos se tomaron por gran mayoría

de socios y de capital, de los cuatro administradores cesados fueron reelegidos, etc., todo lo cual despeja cualquier recelo o suspicacia que pudiera existir sobre protección de minoría, habiendo transcurrido, por otro lado, con exceso, el término que la Ley concede a los accionistas disidentes o ausentes para impugnar los acuerdos tomados, todo lo cual demuestra la clara admisión por la unanimidad de los accionistas en las decisiones adoptadas;

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el tema tiene su base en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas junto con su jurisprudencia interpretativa y constituye su precedente el artículo 2.383 del Código Civil italiano, sobre sustitución de administradores, parcialmente analizado por la doctrina de autores y tribunales, que generalmente no han tocado la cuestión del nombramiento de los reemplazantes, salvo la Sentencia de 1971, en que apoya su argumentación el recurrente; que con los debidos respetos, estima que los razonamientos de la citada Sentencia descansan en una base falsa: La imposibilidad de existencia y subsistencia de una sociedad sin administradores, cuando, evidentemente, el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas es permisivo de tal situación, siendo perfectamente constatable el gran número de sociedades anónimas que funcionan con administradores caducados, fallecidos o dimitidos e incluso hacen su vida normal mediante poderes conferidos a gerentes o apoderados; que aun cuando dicha Sentencia hubiera estimado equivalentes existencia y vida normal, lo cierto es que sus deducciones en orden al nombramiento de administradores reemplazantes deben estimarse conceptuales, dogmáticas y abstractas, ya que habrían prescindido de analizar a fondo el dispositivo montado por la Ley de Sociedades Anónimas para el único supuesto de administradores de conducta censurable, llegando a unas conclusiones teóricas formalistas que impiden encajar sus conclusiones generales y la cobertura jurídica que crea, con la riqueza de manifestaciones que la vida ofrece y en numerosos supuestos los daños podrían ser superiores a los beneficios que se pretendían obtener para los intereses protegidos; que si una página de historia vale por un libro de lógica puede examinarse el ejemplo de una Junta anodina que se celebre en segunda convocatoria, con asistencia de un 21 por 100 de socios en que un 11 por 100 constituye una minoría inquieta y peligrosa que aprovechando la coyuntura procede a remover los administradores y nombrar otros antes de que la mayoría pueda actuar eficazmente, imprimiendo rumbos funestos a la vida social, de imposible reparación; que aunque a tales conclusiones no pueda llegarse en el supuesto concreto que motiva la escritura denegada, sí podría originarlos en muchos casos una generalización lógica y artificiosa de la misma, con mengua y descrédito del dispositivo legal montado para casos de emergencia; que en muchas ocasiones, una sociedad acéfala es más conveniente para los intereses de los socios que otra con administradores nombrados precipitadamente, tal vez por minorías, con miras contrapuestas a las de la empresa; que fácilmente, por la vía de la convocatoria judicial que señala el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, puede restablecerse la normalidad de la vida social, sin perjuicio de aceptar el criterio de algún tratadista, según el cual, en caso de desaparición de los administradores es la propia Junta la encargada de la administración que inmediatamente debe convocar nueva Junta general con objeto de cubrir las vacantes producidas; que la excesiva interpretación del recurrente puede plan-

tear graves problemas difíciles de resolver sin específica regulación legal, pudiendo señalarse como ejemplo los del plazo de ejercicio de los nuevos administradores, renovación parcial del Consejo, imposibilidad práctica de agruparse las minorías en la forma prevista por el Decreto de 29 de febrero de 1952, etcétera; que la abusiva interpretación por el recurrente del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas se amplía aún más al no limitarse a sustituir a los Administradores, sino que por añadidura la Junta amplía su número, designando a quién cubrirá la plaza creada y estableciendo un puesto vocal-secretario, sin que nada de ello figure en el Orden del día señalado para la celebración de la repetida Junta; que todo ello constituye una utilización del artículo 75 de la Ley para fines no procedentes, como son la destitución de un solo administrador, o quizá con mayor exactitud la renovación y ampliación del Consejo bajo la apariencia de una revocación de Consejeros, lo que en sentido técnico no encaja en el mencionado precepto; que no procede dedicar especial atención a los argumentos del recurrente sobre designación provisional o dimisión en bloque de Consejeros, por carecer de sólida base de discusión, como igualmente su afirmación de haberse consolidado los acuerdos al no haber sido impugnado en plazo legal, pues tal posibilidad cuenta a partir del momento de la inscripción, aún pendiente; y que, finalmente, llama la atención sobre la importancia jurídica del problema planteado, que según se decida en uno y otro sentido puede producir diferentes consecuencias, sentando un trascendental criterio en el mundo de las sociedades anónimas.

Doctrina.—“Considerando que el objeto del recurso se concreta en determinar si en la Junta general de una sociedad anónima—estatutariamente configurada con un Consejo de Administración con un máximo de seis vocales—, convocada, según el Orden del día, para “aprobación o censura de la gestión social”, entre otros puntos, puede acordar la separación de sus cuatro administradores, y con exclusión efectiva del vocal que de hecho ejercía funciones de secretario, nombrar nuevo Consejo de cinco, en el que se integran tres de los componentes del anterior, uno de ellos con título de vocal-secretario.”

“Considerando que “la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general”, conforme declara terminantemente el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto que para la legalidad del acuerdo no exige siquiera la existencia de una justa causa, consecuencia todo ello de la nota de revocabilidad que caracteriza el nombramiento de los administradores, y ninguna coyuntura mejor para ello que el debate sobre “aprobación o censura de la gestión social”, número 2 del Orden del día de la Junta general debidamente convocada por la Compañía Mercantil “HORPO, S. A.”, y a la que asiste un 78,62 por 100 del capital desembolsado, cifra superior al *quorum* legal.”

“Considerando que esta facultad de destitución, singular o plural, de los miembros del Consejo, que corresponde tan ilimitada y sin condicionamientos de ninguna clase a la Junta legalmente convocada y constituida, lleva aparejada, y no por meras motivaciones “conceptuales, dogmáticas y abstractas”, la de restablecer, sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, en este caso, con la designación de nuevo Consejo, compuesto de número no superior a seis miembros, incluido el secretario, cargo ahora formalmente establecido, todo en virtud

de una votación con *quorum* también superior al legal y que, en definitiva, representa un 52,92 por 100 del capital desembolsado.”

“Considerando que hacia este sentido, más bien realista dentro del espíritu de la Ley respetuoso con la voluntad social, se han pronunciado las Resoluciones citadas de 26 de febrero de 1953 y 24 de junio de 1968 y más concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, fallo cuya autoridad trata de desvirtuar el celo de la calificación con unos argumentos que, si en efecto, acertarían en calificar el acto social cuestionado como de “destitución de un solo administrador y renovación y ampliación del Consejo”, no resultan convincentes en puntos esenciales, cual el que el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas sea permisivo de una situación de vacancia del Consejo de Administración, con amenazantes daños producidos por la agresión de minorías “inquietas y peligrosas”, a que podría llegarse con “una generalización lógica y artificiosa” de la escritura objeto de la calificación registral, siendo así que, dentro de los límites legales, el acuerdo de la Junta contemplado vale por el peso democrático de unas mayorías de votos superiores a la fijada por la Ley y frente al cual una minoría disidente o ausente, si lo estimare contrario a la Ley, opuesta a los Estatutos o lesiva a los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas, tiene términos hábiles para impugnarlo con arreglo al artículo 67 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas.”

Esta Dirección General ha acordado revocar la Nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—Las dos grandes ideas que se discuten en el presente caso podrían concretarse de la siguiente forma: a) Si es o no necesario expresar en la convocatoria la separación de administradores, pese al artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas. b) Si puede nombrarse nuevo Consejo de Administración como consecuencia obligada de dicha separación. En apoyo de las dos tesis contrapuestas que inevitablemente advienen al recurso se esgrimen argumentos de mucha fuerza. La parte recurrente, que es a la que se le niega el acceso del nombramiento al Registro, da contundentemente una razón definitiva: la facultad de destitución que corresponde a la Junta, conforme al artículo 75, la tiene en cualquier momento, sin necesidad de que tal extremo conste en la orden del día (Resolución de 20 de febrero de 1953). Como consecuencia obligada de esta decisión surge el derecho de reemplazar a los destituidos en el mismo acto, por tratarse de un órgano necesario no sólo para el funcionamiento, sino para la existencia misma de la sociedad.

Por su parte, el Registrador que califica el documento entiende que de prosperar esa idea podría darse el caso de que en una determinada Junta la minoría de una sociedad pudiera aprovechar la coyuntura y nombrar unos administradores, antes de que la mayoría pudiera actuar eficazmente, lo cual, en el caso de generalizarse, podría poner en descrédito el dispositivo legal montado para casos de emergencia.

Expuestas sustancialmente las dos razones fundamentales que las partes alegan y sabiendo de antemano el resultado a que la Dirección nos conduce, creemos que estas notas pueden dividirse en esos dos problemas sobre los que parece girar el recurso en el que prevalece la idea de la simultaneidad de actos.

A. *Facultad de separación de los administradores*

Visto a "toro pasado" se hace necesario comentar cómo la nota del Registrador era lo suficientemente afortunada para denunciar el incumplimiento de un artículo de la Ley de Sociedades Anónimas. Conforme al artículo 53 era preciso que el anuncio de la convocatoria de la Junta exprese todos los asuntos que han de tratarse, incluidos el nombramiento de nuevos administradores.

Lo que sucede es que al caso se le dio la consideración de "acto reflejo" y consecuencia necesaria del que previamente se había efectuado y para que el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige ningún requisito. Es decir, se tuvo la habilidad suficiente para no discutir el incumplimiento de un requisito legal, sino para destacar una facultad omnímoda de la Junta, basada en la revocabilidad del cargo de administrador, y deducir como consecuencia una "excepción" al artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Lo que cabe preguntarse ante los hechos que nos relata el recurso si de verdad hubo separación de *todos* los administradores o se utilizó ese medio legal para burlar el cumplimiento del artículo 53, el cual quedará siempre burlado si en vez de acudir al sistema de "renovación", utilizamos el de "separación". Hay poca base para pensar en la necesidad de una "separación" total, cuando en el mismo acto se "conservan" a tres de los consejeros, se excluye a uno y se nombran dos nuevos. ¿Era separación o era renovación?

Garrigues y Uría ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo II, página 87), precisan estas dos figuras de renovación y separación, entendiendo que la primera sólo puede ser "parcial" para dar cumplimiento al artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, mientras que la segunda es sin límites, parcial o total. "La renovación es un sistema y la separación es una medida imprevista". La separación se produce en cualquier momento "y suele obedecer a causas graves que obligan a prescindir de uno, de algunos o de todos los administradores en defensa de los intereses sociales".

Sin descender aún al caso que los hechos relatan, la diferencia que se apunta es muy interesante, pues una de las consecuencias legales que supone la "temporalidad" del cargo de administrador, viene compensada, por así decirlo, con la del principio de "reelección" (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas). Entiendo, aunque ésta sea una afirmación gratuita, que ese principio de "reelección" está pensado por el legislador para el caso de "renovación" de Junta en base de la temporalidad del cargo, pero nunca para el caso de separación del administrador, ni para el de dimisión de Consejeros (artículos 75 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas). La "reelección" se sitúa con simultaneidad en el precepto que habla de "temporalidad", pero no se repite cuando se otorga a la Junta la facultad de separar, aislar, prescindir del consejero (artículo 75), ni cuando se regula el derecho de dimisión (artículo 77 de la misma Ley). ¿Cabe en estos casos admitir el principio de reelección? Creo que la separación del consejero funciona en todos aquellos casos en los que por no poder entrar en juego el supuesto de "renovación" urge en defensa de los intereses sociales prescindir de los servicios de un consejero o de varios o de todos, sin que éstos se avengan inicialmente a presentar la dimisión de su cargo. Si por esa serie de razones que reclaman el interés social no puede esperarse a la fecha de re-

novación parcial de la Junta, es inadmisibile que se opere con simultaneidad una separación y una "reelección" de consejeros *separados*. No hubiera hecho falta separar a estos consejeros para luego volverlos a nombrar, cosa que hubiese sido necesaria en el caso de "renovación", pues el límite temporal de su mandato ofrece una doble disyuntiva: o caduca su mandato y finaliza su gestión, o en base de la reelección se confirma su nombramiento y se prolonga su puesto. De ahí que la reelección sólo cabe, en buen discurrir jurídico, que entre en juego en el caso de finalización del plazo para el que fue nombrado un consejero.

El presente caso en su relato de hechos es lamentable. Tres de los consejeros son eliminados del Consejo de Administración a través del mecanismo de la "separación" y por el juego imperativo del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y cuando podía pensarse que esa eliminación era definitiva, en la misma Junta que se les elimina se les "vuelve a nombrar" o se les "reelige", que viene a ser lo mismo. Sólo se confirma una "separación" del otro consejero y se hacen firmes dos nombramientos sin el cumplimiento del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Si en el ánimo de la Junta existía la idea de confirmar en esos cargos a los tres consejeros dichos, cabe preguntar ¿Para qué dimitirlos previamente y luego volverlos a nombrar? La respuesta no puede ser más clara; para evitar la aplicación del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Secundar esta intención "ilegal" me parece un serio atentado al principio de legalidad.

B. *Separación de consejeros y simultaneidad de nombramiento de los nuevos*

Aceptando la configuración del supuesto de hecho como un caso claro de "separación" de consejeros era difícil luchar—con argumentos convincentes—contra la conclusión final a la que el recurrente y la Dirección llevaban: los administradores constituyen un órgano necesario no sólo para el funcionamiento, sino para la existencia de la misma sociedad.

En estos comentarios—un tanto apresurados por urgencias de publicación—no he tenido tiempo de consultar con paciencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, en la que parece residir toda la fuerza argumental de la parte recurrente, pero conforme a la misma parece ser innecesario que conste en el orden del día "el derecho a *reemplazar* a los destituidos en el mismo acto". Es curioso cómo la palabra *reemplazar* viene a ser distinta de la de *reelegir* y si parece lógico y jurídicamente aconsejable, como dice la Dirección General, que la destitución lleva aparejada la de restablecer, sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, no parece muy ortodoxo basar este restablecimiento en el juego de la "confirmación" de cargos y no en el mecanismo del "reemplazamiento" de los destituidos.

Con esto queremos destacar algo de lo que alegaba el Registrador de la Propiedad Mercantil en torno a la Sentencia de 1971 y era su inaplicabilidad al caso presente. No era preciso, como decía el Registrador, aludir al artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas y a la serie de sociedades anónimas que funcionan con administradores caducados, fallecidos o dimitidos, sino hacer un fuerte intento de situar paralelamente los hechos que la Sentencia reflejaba con

ese criterio de "reemplazo" y los que en el caso presente ofrece de "confirmación" de cargos, para evitar confusiones y analogías peligrosas.

Siento pereza por consultar las dos Resoluciones que el recurrente y luego la Dirección aducen para defender la solución que se le da al caso, pero del relato de los hechos puede deducirse claramente que juegan poco papel en el presente caso. La excepción al artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas—aparte de la del artículo 73 de la misma para el caso de vacantes del Consejo de Administración—es claramente el supuesto del artículo 75 de la misma Ley con su facultad de separación de administradores, pero ya hemos visto que pueden existir muchas dudas en torno a lo que debemos entender por "separación" si, como en el presente caso, se simultanea con la "confirmación" de cargos. De otra parte la exigencia de la Resolución de 24 de junio de 1968 de convertir a los administradores como "de facto" en evitación de que la sociedad careciese de los mismos, es solución que tampoco cabe aplicar al presente supuesto, pues era innecesaria y abusiva la utilización de la "separación" de esos administradores que habían de ser confirmados luego en el cargo.

La última parte del considerando cuarto de la Resolución está destinada a contestar con cierta dureza la actitud del Registrador y su "celo de la calificación", negando que con la postura que se mantiene pueda llegarse a esa "generalización lógica y artificiosa" de que el Registrador hace gala. Efectivamente que hay en el caso de hecho unas mayorías con peso democrático aplastante y que esas minorías, disidentes o ausentes, hubieran podido utilizar la impugnación de los acuerdos sociales, conforme al artículo 67, pero una cosa es esta idea y otra ampararse en un mecanismo legal para dar por incumplido otro requisito legal, estableciendo al mismo una excepción que posiblemente no estuvo en la mente del legislador.

Con esta solución—y ésta es la generalización peligrosa—el mecanismo de la separación debe sustituir de hecho y de derecho a la idea de renovación de cargos del Consejo de Administración, pues mientras la primera no exige convocatoria especial ni señalamiento de circunstancia en el orden del día, la segunda sí lo exige por el juego genérico del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Es más, incluso el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas—con su interpretación de que producida la vacante de consejero entre convocatoria de Junta general y celebración de la misma, no exige precisión especial en el orden del día—puede perfectamente suplirse con el criterio expansivo y sanatorio de la "separación".

El alcance de estas y otras posibles consecuencias es—creo yo—lo que irataba de evitar con su calificación el Registrador de la Propiedad, pero a la hora del balance equitativo de soluciones ha prevalecido el criterio contrario. A mi entender hubo más obsesión en dar al nuevo nombramiento de consejeros una simultaneidad derivada de la "separación" que precisar el alcance que podía tener establecer una nueva excepción al artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando el supuesto en sí no era de verdadera "separación" y sí de "renovación" parcial del Consejo.

Mantener a todo trance el otorgamiento de una escritura que llevaba en sí el vicio inicial del incumplimiento de un artículo de la Ley de Sociedades Anónimas, construyéndolo como un supuesto de "separación", tuvo que desembocar inevitablemente en esta solución. Entiendo que otra cosa hubiese sucedido si

el informe registral en vez de aceptar el supuesto de "separación" hubiese discutido su problemática y hubiese podido razonar su inexistencia. De "lege ferenda" puede tomarse el supuesto como caso a contemplar en una posible modificación legislativa y entender que—a diferencia de los poderes—aquí el "orden del día" puede no ser exhaustivo.

SOCIEDAD ANÓNIMA: ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.—NO ES INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA ESTADUTARIA EN LA QUE LA ACCIONISTA, VIUDA DE ACCIONISTA, QUE CONTRAIGA NUEVO MATRIMONIO DEBERÁ TRANSMITIR TODAS SUS ACCIONES A DETERMINADAS PERSONAS, PORQUE ELLO SUPONE SU EXCLUSIÓN TOTAL DE LA SOCIEDAD, LO QUE EVIDENCIA QUE SE TRATA DE ALGO MÁS QUE DE UNA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES, QUE ES CONTRARIA AL ARTÍCULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL. (Resolución de 15 de marzo de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 1 de abril de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura autorizada en Zaragoza el 29 de diciembre de 1972, ante el Notario don David Mainar Pérez, se constituyó por la viuda e hijos de Pellicer la compañía Mercantil TALLERES PELLICER, S. A., nombrándose presidente a la viuda, doña Eulogia García Ara, y vicepresidente, secretario y vicesecretario, a los restantes socios, sus hijos, don Mariano, don José Antonio y don Santos Pellicer García, los dos primeros casados y soltero el último; que el artículo 7 de los Estatutos Sociales dice que "Podrá realizarse libremente la enajenación o venta de acciones, entre accionistas exclusivamente por igual número entre todos ellos, y las que resten en exceso, serán sorteadas entre los mismos. La mujer, viuda de accionista, seguirá disfrutando de la propiedad de sus acciones y del usufructo de viudedad de las que sean propiedad de los herederos del causante, pero no podrá enajenarlas ni transmitir las por herencia a otras personas, fuera de sus hijos o de los demás accionistas y en este último caso, a partes iguales, sorteando el exceso entre los mismos. La mujer viuda de accionista que contraiga nuevo matrimonio, deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos y, a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas a partes iguales, sorteando entre los mismos las que excedan de la igual distribución. El precio será el expresado por el vendedor, y, a falta de conformidad con los adquirentes, será fijado por dos peritos designados, uno por el transmitente y otro por el presunto adquirente, y si entre estos peritos no hubiese tampoco acuerdo, se fijará el precio por un tercero designado por sorteo, entre dos peritos, nombrado uno por cada uno de los primeros peritos, sin que pueda transcurrir más de un mes entre las designaciones y el peritaje. En los casos de transmisión "mortis-causa" de las acciones y cuando los herederos sean personas distinta de aquella de libre transmisión inter-vivos o de los hijos del causante, deberán tales herederos presentar dentro del plazo de seis meses, después de ocurrir el óbito de su causante, los documentos que acrediten su condición de heredero y los títulos representativos de las acciones, ante el Consejo de Administración, que lo notificará a los demás accionistas que puedan ejercer el derecho preferente adquisición, en la forma, plazos y precios establecidos en las transmisiones inter-vivos. Si en las transmisiones inter-vivos o mortis-causa, ningún accionista hiciera uso del derecho de adquisición pre-

ferente, podrá la sociedad en el plazo de un mes ejercer tal derecho, al solo efecto de amortizar las acciones con la consiguiente reducción del capital. Si algún accionista no quiere adquirir la parte proporcional de acciones que le pertenezca, las rechazadas, serán adquiridas por los demás accionistas, a partes iguales y sorteando entre los mismos las que sobran de la distribución igualitaria. Toda transmisión efectuada sin observar los precedentes requisitos privará a las acciones de los derechos políticos y económicos atribuidos por las Leyes y estos Estatutos"; que según el artículo 9 "Ningún accionista podrá, sin previa autorización del Consejo, pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas, las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas"; que conforme al artículo 15, que trata de la asistencia y desarrollo de las Juntas sociales, "En cuanto al número de asistentes o representados a las Juntas y a la formación de mayorías de capital y accionistas para la validez de los acuerdos, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente. La asistencia a las Juntas, podrá hacerse directamente por los accionistas o por sus representantes en virtud de escrito, incluso privado, pudiendo conferirse la representación solamente a accionistas, salvo en los supuestos de representación legal"; y que con arreglo al artículo 16, "La Junta general será presidida por el presidente del Consejo de Administración o accionistas que lo represente, asistido del secretario, quienes ostentarán, por tanto, el cargo de presidente y secretario de la Junta. Los acuerdos se transcribirán en el libro de actas, que serán firmados por el presidente y secretario obligatoriamente y deberán ser extendidos y aprobados a continuación de su celebración. Las reuniones tendrán lugar en el domicilio social, salvo las Juntas universales, o sea, las celebradas sin previa convocatoria por acuerdo unánime de todos sus accionistas o sus representantes";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Presentado el documento a las once horas del día de hoy, bajo el número 895, al folio 186 vuelto del Tomo 18 del diario de presentación, SE DENIEGA su inscripción por los siguientes defectos: a) El párrafo 3.º del artículo 7.º de los Estatutos, porque ha de regirse la Compañía que se constituye, más que el establecimiento y una limitación en la transmisión de las acciones, lo que estatuye es, por vía de una condición resolutoria, la exclusión del socio de la Compañía, condición que se entiende como contraria a la moral y a las buenas costumbres y, por lo tanto, implícita en el artículo 1.255 del Código civil. b) Que al condicionar, en el artículo 9.º de dichas normas estatutarias, la validez de la pignoración, compromiso o constitución de un Derecho Real de las acciones de la Compañía, a la autorización del Consejo de Administración y no establecer, por el contrario, el sometimiento del mecanismo de la ejecución prendaria, al juego de los derechos preferenciales adquisitivos del artículo 7.º de dichas normas, es evidente que tal autorización, dependiente únicamente de la voluntad del Consejo de Administración, es una verdadera y absoluta prohibición de disponer, abiertamente rechazada por la jurisprudencia, por el espíritu de la Legislación vigente y por la doctrina, amén de resultar contraria a la naturaleza del título-valor. c) Si bien conforme al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas es factible la delegación o representación del accionista en la Junta general a favor de otra persona, con las limitaciones, que dicho artículo establece, sin embargo,

dado el origen electivo del cargo de presidente del Consejo de Administración —bien en acto constitutivo o en Juntas generales posteriores al mismo— y sus especiales funciones en las referidas Juntas se considera que, su función, no es delegable, como lo confirman, además, las fuentes de donde emana dicho nombramiento, y que enumera el artículo 61 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas. Los defectos apuntados se estiman como insubsanables, por lo que no procede extender anotación de suspensión, que, por otra parte, no ha sido solicitada”.

Resultando que los otorgantes de la escritura interpusieron recurso de *reforma y subsidiariamente gubernativo* contra la anterior calificación, alegando: que discrepan del criterio del Registrador en cuanto estima que en el artículo 7 de los Estatutos se establece una condición resolutoria contraria a la moral y buenas costumbres: que en el citado artículo no se prohíbe a la viuda de un socio fallecido que contraiga nuevo matrimonio, lo que evidentemente sería contrario a la Ley, a la moral y a las buenas costumbres, sino que mediante una cláusula limitativa se cierra el paso a la introducción en la sociedad de un extraño no contratante a través de su matrimonio con la viuda de un socio fallecido; que tal limitación está autorizada por el párrafo 5.º del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el 46 de la misma Ley, 1.255 del Código civil y 116 del de Comercio; que la sociedad constituida, aunque adopta la forma de anónima es, en realidad, una entidad familiar “*intuitu personæ*”, constituida entre la madre y sus hijos de doble vínculo; que pensar que a causa de esta condición la viuda de un socio fundador pudiera incurrir en una situación real de inmoralidad, es tanto como temer que un socio, limitado en sus facultades de enajenación pudiera suicidarse al no disponer de las cantidades líquidas que conseguiría en una libre venta de sus acciones; que por igual razón habría de tacharse de inmoral la pérdida del usufructo viudal por causa de nuevo matrimonio, sin que deba presumirse que tal causa suponga una coacción a la viuda para casarse de nuevo; que el Derecho positivo debe fundarse, naturalmente, en la moral y en la ética, pero nunca hasta el extremo de adentrarse en la ascética y posibilidades de pecar en un ambiente de perfección espiritual; que por lo que respecta al apartado b) de la nota impugnada, se opone asimismo a lo preceptuado en el párrafo 5.º del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1951, en relación con el 46 de la misma Ley, 50 y 116 del Código de Comercio y 1.255 del Código civil; que eminentes tratadistas sostienen la licitud de las llamadas cláusulas aprobatorias para la transmisión y gravamen de las acciones frente a terceros; que otro ilustre mercantilista afirma que la sociedad anónima familiar cerrada es una auténtica fortaleza donde el elemento personal supera al capitalista, por lo que es difícil considerar ilícita y contraria al orden público la prohibición de toda cesión de acciones, confirmando este criterio la Sentencia de 27 de enero de 1968; que por lo que atañe al apartado c) de la nota del Registrador, es evidente que interpreta el artículo 16 estatutario de una manera contraria a su espíritu y a su letra; que en tal precepto no se dice que el presidente del Consejo de Administración delegue su cargo, sino que lo que delega son sus derechos de accionista; que al no estar designado estatutariamente quién presidirá la Asamblea, le corresponde al presidente del Consejo de Administración y a falta de éste al accionista que elijan los socios asistentes a la reunión; que lo que dice el artículo 16 citado

es que las Juntas serán presididas, en primer término, por el que lo sea del Consejo de Administración y en segundo lugar por el accionista que le represente; que por consiguiente, el sustituto del presidente no preside la asamblea como si lo fuese del Consejo, sino como representante del accionista que además de tal condición reúne la de ser presidente; que parece claro, por tanto que se trata de una elección anticipada con el carácter de sustitución, que determina la persona que ha de presidir por la circunstancia de ostentar la representación de un accionista relevante, de donde resulta que el derecho no nace por la delegación del cargo, sino por la delegación de los derechos del accionista; que según el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, todo accionista que tenga derecho de asistencia a las Juntas podrá hacerse representar por medio de otra persona; que el presidente del Consejo, cuando se hace representar en la asamblea, no es como tal presidente del Consejo, sino como simple accionista y nada obsta para que, en este supuesto se señale, ya por pacto social que el accionista que le represente presidirá la asamblea, con lo cual se evita la elección concreta por los asambleístas asistentes; que, en definitiva, se trata de una designación de presidente de asamblea en virtud de estatutos y con el carácter subsidiario de sustituto del primer designado, por lo cual la fuente de designación no es la delegación, sino el pacto social condicionado a que no asista el presidente del Consejo, sino que sea representado por otro accionista; y que aunque la redacción del texto, a primera vista pudiera no ser del todo clara, basta un atento examen para llegar a la conclusión de que ni se pretendió consignar una cláusula contraria a la Ley ni se deduce de su literalidad semejante sentido;

Resultando que a la vista del escrito de los recurrentes y previa consulta entre los cotitulares de la oficina, se acordó reformar la calificación desistiendo del tercer defecto señalado en la nota, manteniéndose los dos primeros por los siguientes fundamentos: Que si bien es cierto que la realidad económica, especialmente en determinada región española presenta la existencia de gran número de sociedades en las que el factor personal incide en forma más importante que el capitalista, no lo es menos que la doctrina se encuentra dividida en este punto, sin que haya posibilidad de admitir la viabilidad de determinados pactos sociales de las referidas compañías anónimas cerradas que estén en contradicción con la vigente Ley que las regula, sin disponer de más apoyatura que el "intuitu personae", por lo que las normas legales le son totalmente aplicables; que como consta en la nota de calificación, el párrafo 3.º del artículo 7 de los Estatutos Sociales supone, más que una limitación de disponer, el establecimiento por vía de una condición resolutoria, de la exclusión de un socio de la Compañía, condición que a la luz de los artículos 792 y 793 del Código civil equivale a una prohibición absoluta de contraer matrimonio, considerada por dichos artículos contraria a la moral y a las buenas costumbres y que en términos generales resulta ilícita conforme a lo dispuesto en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal; que la condición establecida en el presente caso no obedece a razones familiares o personales en que podría estar más o menos justificada, sino exclusivamente a motivos económicos a los que se subordina un acto tan íntimo y personal como es el matrimonio, sin que pueda tampoco traerse a colación la extinción del usufructo viudal aragonés, precisamente basado en razones de otro tipo: que

con respecto al segundo de los defectos señalados su razón de ser nace de su propia naturaleza, o sea, de su específico carácter de cláusula de consentimiento que no puede llegar al extremo de hacer prácticamente imposible la transmisión por la prohibición absoluta del artículo 9 estatutario, que convierte al accionista en un esclavo de su título, lo que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 1968 condena como ilícito; y que como normas aplicables señala los artículos 53 a 58 del Reglamento del Registro Mercantil; 5, 498, 972, 988 y 1.255 del Código civil; 116 y 118 del Código de comercio; 11, 37 y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 28 de junio de 1958, 19 de abril de 1960, 5 de abril de 1961, 17 de abril de 1967 y 27 de enero de 1968, y las Resoluciones de la Dirección General de 17 de junio y 5 de noviembre de 1956;

Doctrina.—“Considerando, respecto al primer defecto señalado, que si la libre circulación de las acciones de la Sociedad Anónima tiene un valor relativo, por reconocimiento de la propia Ley, que admite cláusulas limitativas a su libre transmisibilidad “cuando están expresamente impuestas por los estatutos” (artículo 46), no es menos cierto que, por su misma excepcionalidad, estas cláusulas han de configurarse con extremo cuidado, de manera que su mecanismo, que ha de ser perfecto y funcional, no exceda de una mera y justificada limitación de transmisibilidad, ni atente, por una parte, al sistema y a la esencia de la naturaleza capitalista de la Sociedad Anónima —en principio alejada del “*intuitu personae*”, propio de entidades familiares que hallen sede y forma más natural en otro tipo de sociedades—, y por otra, y sobre todo, a superiores principios del derecho privado, que puedan jugar en la organización de la familia y su régimen económico.”

“Considerando que, a la luz de tales principios, la redacción terminante del párrafo 3.º del artículo 7 de los Estatutos, sometidos a calificación registral, ofrece graves reparos desde el momento en que obliga a la accionista, viuda de accionista, que contraiga matrimonio, y por este simple hecho, a la transmisión de sus propias acciones, con la consiguiente pérdida de su condición de accionista en la Sociedad, de la que queda excluida, lo cual evidencia que la pretendida cláusula estatutaria es algo más que una cláusula de limitación de transmisibilidad de las acciones y supera su problemática.”

“Considerando que, en el terreno del derecho privado general, dicho párrafo 3.º del artículo 7 puede llegar a estimarse, en efecto, atentatorio a la moral, conforme al artículo 1.255 del Código civil, toda vez que pone en cuestión la celebración o no celebración de segundas nupcias para determinar el estatuto social de la mujer, con lo que violenta además las actuales corrientes de no discriminación por razón de sexo, que van ganando terreno en nuestro Código civil y en el concepto de orden público, sin que valga, en campo mercantil, el argumento de la cesación del usufructo foral de viudedad, institución aragonesa suficientemente justificada en el ámbito estrictamente familiar, pero incluso más moderada que la exclusión societaria, sin paliativos, que ahora se cuestiona”;

“Considerando, respecto al segundo defecto, que, como expresa la nota de calificación, al estructurar la cláusula del artículo 9 como de “consentimiento” y hacer depender la validez de los actos dispositivos y de gravamen del

accionista exclusivamente de la voluntad del Consejo de Administración, en vez de "someter el mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales adquisitivos del artículo 7.º" o a otros válidos en derecho, los Estatutos establecen una verdadera y absoluta prohibición de disponer, contraria a la Ley";

"Considerando, en fin, que no hay que entrar en el examen del defecto tercero de la nota, que ha sido eliminado previa consulta entre los cotitulares de la oficina a la vista del escrito de los recurrentes",

"Esta Dirección General ha acordado confirmar la Nota del Registrador."

Consideraciones críticas.—Había en la iniciación del proceso que va a dar lugar al recurso gubernativo una triple oposición por parte del Registrador mercantil que en su extensa nota calificadora precisa tres defectos que luego van a quedar reducidos a dos. Nosotros vamos a tratar de los tres defectos en este comentario, aun reconociendo que los que de verdad plantean crítica son los dos primeros. Sobre la argumentación notarial —que trata de defender la redacción de unas cláusulas— pesa, sin duda, esa serie de comentarios que Manuel de la Cámara ("Estudios de Derecho Mercantil", vol. 1, pág. 464) hiciera sobre la transmisión de la cualidad de socio en las sociedades familiares en las que el "*intuitus personae*" es el eje sobre el cual se crean y funcionan dichas sociedades. Sin perjuicio de que luego insistimos en alguno de los argumentos utilizados por el autor citado, conviene precisar cómo el mismo anticipa una idea que ha de tenerse en cuenta a la hora de la redacción del documento, hora de la etapa de la montaña, y que en el caso presente no se cumplió. Dice el autor citado que "El artículo 46 de la Ley permite que la transmisión de acciones se restrinja o condicione, *pero no que se excluya*, y a una exclusión equivale que las acciones, salvo que se trate de transferirlas a ciertas personas, no puedan ser enajenadas si no es con el consentimiento de los demás socios". Partiendo de esta idea que considero acertada, vamos a descender a los tres defectos que señaló el Registrador ante la redacción de las cláusulas que pretendían tener acceso al Registro.

A) *Limitación de transmisión, condición resolutoria y exclusión de socio.*

En la redacción de la cláusula estatutaria que da lugar al recurso no hay exclusión de transmisión ni exigencia de consentimiento previo para la misma, sino que, pensando en el círculo circunscrito de una sociedad familiar, se trata de excluir la intromisión de una tercera persona extraña a la misma a través del juego del matrimonio ulterior. La "tentación" que puede suponer para las viudas un segundo o posterior matrimonio trató de salvarse a través de esta redacción poco hábil: "La mujer viuda de accionista que contraiga nuevo matrimonio deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos, y a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas a partes iguales, sorteando entre los mismos las que excedan de la igual distribución."

La "desconfianza" que un segundo o ulterior matrimonio presionó sobre los redactores del Código civil al establecer ese sistema de garantías hacia los hijos del primero concretadas en una "reserva de bienes", se hacen en el presente caso de una dureza extrema: se le impone a la viuda de transmisión de todas sus acciones a favor de los hijos o demás accionistas, lo cual,

en términos que la calle entiende, quiere decir que pierde su condición de accionista y queda marginada de la sociedad a que pertenecía. De viuda inconsolada y accionista pasa a ser viuda consolada y ex accionista. ¿Es esto lícito? La celebración del segundo o ulterior matrimonio genera para la viuda, según el Registrador, una condición resolutoria contraria a la moral y a las buenas costumbres, provocando la exclusión de accionista de la misma. El notario, autor material de la cláusula, se obsesiona un tanto con el "intuitus personae" y no alcanza a relacionar los preceptos de la legislación de sociedades con los genéricos del ordenamiento jurídico, llegando a afirmar que ello no supone "coacción" para la viuda y que "el derecho positivo debe fundarse, naturalmente, en la moral y en la ética, pero nunca hasta el extremo de adentrarse en la ascética y posibilidades de pecar en un ambiente de perfección espiritual". La verdad sea dicha que no comprendo cómo la Dirección General no ha dedicado un especial considerando para "combatir" como se merecía esta aseveración. Digo esto porque si bien la Dirección General destina a la cuestión dos considerandos, no vuelca en ellos lo que la frase merecía.

La Dirección General se reprime y con la ponderación acostumbrada advierte que esas sociedades "intuitus personae" con forma anónima no eliminan el carácter eminentemente "capitalista" de la sociedad anónima y que además debe tenerse en cuenta los superiores principios de derecho privado que pueden jugar en la organización de la familia y su régimen económico. Estos principios y la redacción de la cláusula evidencian que estamos ante un caso no de "limitación de transmisibilidad de las acciones", sino de algo más. Sale al paso la Dirección General ante el argumento notarial que alega que las segundas nupcias en el Derecho aragonés hacen perder a la viuda el derecho de viudedad, pues al tratarse de una institución estrictamente familiar y civil, nada tiene que ver con el campo mercantil a que se está haciendo referencia.

Sería largo de argumentar el criterio que el comentador de esta Resolución tiene para inclinarse por la solución oficial de la misma, pero en último término sólo poniéndose en el caso de la "viuda" podría verse lo injusto y anormal del supuesto. Como las estadísticas denuncian que hay más viudas que viudos y que sólo aquellas reinciden —recuncan, dirían los gallegos— las dificultades de explicación suben de tono. Lo que no puede admitirse es el juego de un segundo matrimonio como sanción de pérdida de derechos, condición resolutoria de los mismos que prohíbe el artículo 1.255 del C. c. y que al nuevo marido de la viuda se le considere como un "extraño". También, cómo no, habría que pensar seriamente en la primera parte del artículo 793 del C. civil que inclina balanzas a la hora de la decisión final. Por último, cabría añadir cómo la dirección legislativa que va retocando la redacción del Código civil, muestra bien a las claras que el legislador va protegiendo la celebración de primeras o ulteriores nupcias.

B) *El consentimiento, la autorización y el derecho de adquisición preferente*

Manuel de la Cámara, en el trabajo citado antes, centra perfectamente la solución que al segundo defecto pone en la nota el Registrador. Al hablar de las cláusulas restrictivas que pueden encajar en el artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas divide las mismas en dos grandes grupos: de consentimiento y de adquisición preferente. En virtud de las primeras, la eficacia de la transmisión —frente a la sociedad— depende de que la sociedad, a través de la Junta general, dé su conformidad a la transmisión. Las segundas no impiden ésta, pero conceden a los demás socios un derecho de rescate en determinadas condiciones.

Diseñadas en forma tan clara estas dos clases de cláusulas, el autor se plantea el problema de su validez. “Su validez —sigue diciendo— en términos generales, no ofrece duda si se trata de articular un derecho de adquisición preferente, que puede jugar frente a transmisión *inter vivos* o frente a transmisiones *mortis causa*. El problema principal en este tipo de cláusulas consiste en puntualizar hasta dónde es posible que los estatutos predeterminen el precio por el cual se puede ejercitar el derecho a adquirir con preferencia a terceros las acciones que van a ser transmitidas. En cambio, no es tan clara, a nuestro juicio, la licitud de las cláusulas de consentimiento, a no ser que se estipule que éste sólo podrá negarse si concurren causas justificadas. Es de observar que la Sentencia de 27 de enero de 1968 se opone a que estas cláusulas concedan un trato desigual a las acciones, de forma que la aplicación de aquéllas quede a la decisión mayoritaria del Consejo de Administración a propuesta de su presidente.”

Esto así, la cláusula en cuestión que entra de lleno en la prohibición que el autor señala, dice así: “Ningún accionista podrá sin previa autorización del Consejo, pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas”. El Registrador no duda en calificar a tal cláusula como una verdadera prohibición de disponer, abiertamente rechazada por la jurisprudencia, por el espíritu de la legislación vigente y por la doctrina, amén de resultar contraria a la esencia del título-valor. Poco convincentes son las razones que dan los recurrentes entre las cuales está el socorrido párrafo 5 del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, que admite que en los estatutos puedan incluirse los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que unos y otros sean “lícitos” y “no se opongan a lo dispuesto en la Ley”. El argumento, sin duda, prescindía de la última parte que nosotros añadimos y que es la decisiva para eliminar esa cláusula del campo estatutario.

La Dirección General, en un considerando muy breve, sanciona la ilicitud de la cláusula que entra en las llamadas de “consentimiento” en vez de estructurarse a través de un derecho de adquisición preferente, lo cual lleva a entender que se establece “una verdadera y absoluta prohibición de disponer”. Poco o nada puede añadirse a esta argumentación, correcta y ajustada a la ley, aunque a la hora de matizar el carácter de la prohibición de disponer pudiera haberse incluido en las relativas, más que en las absolutas, pero para los efectos del recurso era igual.

C) *Delegación de facultades del presidente del Consejo de Administración*

El tercer defecto que el Registrador pone en su nota a la escritura que pretende inscribirse deja de serlo por haber desistido del mismo a la vista del escrito de los recurrentes. No obstante, como la materia es aleccionadora, vamos a exponer en forma muy sintética las dos argumentaciones dadas en pro y en contra.

Para el Registrador la función que corresponde al presidente del Consejo de Administración *no es delegable* y de ahí que entendiéndose en su nota que no podía admitirse que la Junta fuese presidida por el presidente del Consejo de Administración "o accionista que lo represente". La argumentación que esgrimen los recurrentes es contundente. En el discutido artículo estatutario no se dice que el presidente del Consejo de Administración "delegue su cargo", sino que lo que delega son sus derechos de accionista y éstos, conforme el artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, sí son delegables.

Merece la pena seguir esa argumentación, pues ella nos lleva a la no aplicación del caso que planteaba la Resolución de 5 de noviembre de 1956 que citaba el Registrador en apoyo de su tesis. Los recurrentes dicen que conforme al artículo 16 de los Estatutos, las Juntas generales serán presididas, en primer término, por el que lo sea del Consejo de Administración, y, en segundo lugar, por el accionista que lo represente, resultando, por consiguiente, que el sustituto del presidente no preside la asamblea como si lo fuera del Consejo, sino como representante del accionista, que además de tal condición reúne la de ser presidente. De ahí que el derecho a presidir no nace por la delegación del cargo, sino por la delegación de los derechos del accionista.

El último considerando de la Resolución del año 1956 precisaba la doctrina de la delegación de facultades correspondientes a la Junta general y que, en su doble consideración de derechos y deberes (funciones, propiamente dichas) no cabe delegar en otro órgano jerarquizado, precisamente por ese poder indirecto de gestión que supone el nombramiento, fiscalización y revocación de los administradores. Como excepciones a todo ello señalaba el nombramiento por los fundadores de la sociedad (artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas) y el nombramiento interino en caso de vacante (artículo 73 de la misma Ley), pero se trata de nombramientos a reserva de su aprobación o revocación por la primera e inmediata Junta general.

Al descartarse la aplicación al presente caso de esa doctrina, el Registrador, tras consulta con los cotitulares de la oficina, reconoció la posibilidad de inscribir dicha cláusula estatutaria en base de los argumentos aducidos por los recurrentes.

ESCRITURA DE PODER.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PODER CUANDO LA CAPACIDAD DEL PODERDANTE EXTRANJERO HA SIDO CALIFICADA CON ARREGLO A SU LEY NACIONAL ACREDITÁNDOLA DE MODO AUTÉNTICO. (Resolución de 28 de marzo de 1974, B. O. del Estado de 11 de abril de 1974.)

Hechos.—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don Luis Felez Costea, contra la negativa del funcionario calificador a inscribir una escritura de poder autorizada por el nombrado fedatario;

Resultando que el 14 de noviembre de 1973 fue autorizada por el notario de Barcelona, don Luis Felez Costea, una escritura de amplio poder otorgada por don Carlo Morone Spaggiaria como consejero delegado de la Compañía TECNOFINISH IBERICA, S. A., a favor de varias personas de diferentes profesiones y que en el instrumento, el Notario da fe de "conocer al compareciente" que es "de nacionalidad italiana y vecino de Milán, con domicilio en Vía San Calogero, número 6";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Examinado el precedente documento junto con el testimonio notarial que se acompaña de un certificado expedido por el Consulado General de Italia en Barcelona el 17 de julio de 1964, relativo a la capacidad negocial de los italianos mayores de edad, se suspende su inscripción por no acreditarse la capacidad del compareciente en la conformidad establecida en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil con referencia especial y concreta al acto otorgado. No se ha solicitado anotación preventiva";

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que de los tres sistemas de apreciación notarial de la capacidad de los otorgantes seguidos por las legislaciones positivas, que son: el anglosajón de no existencia de juicio de capacidad, el sudamericano de presunción de juicio favorable por el solo hecho de la autorización y el de exigencia y constancia documental, nuestro derecho se decide por este último en el artículo 167 del Reglamento Notarial; que este juicio que debe formarse y consignarse documentalmente por el Notario autorizante, cualquiera que sea la nacionalidad del compareciente, se bifurca en dos vertientes, a saber, apreciación de la capacidad natural y enjuiciamiento de la capacidad jurídica; que la primera es una cuestión de hecho que el Notario percibe por sus sentidos, con el complemento, a veces, de certificados o informes de peritos, sin que la condición de nacional o extranjero influya en este punto; que la segunda o enjuiciamiento de su capacidad jurídica, implica el conocimiento de la Ley y en esta cuestión sí es relevante la circunstancia de la extranjería; que si el compareciente es español, el juicio es fácil, puesto que el Notario es profesional del Derecho además de funcionario público, pero si es extranjero, al regularse su capacidad por la Ley nacional, deberá acreditar este extremo mediante certificación del cónsul o representante diplomático de su país en España (artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil); que en la autorización de la escritura objeto del recurso se ha ajustado al procedimiento legal descrito; que a mayor abundamiento, en el presente caso se da la circunstancia de que el compareciente ha sido también otorgante de otras escrituras que han causado diversas inscripciones en el mismo Registro Mercantil y en la propia hoja abierta a la Compañía que representa, entre ellas la escritura fundacional, prueba documental de su capacidad negocial plena; que el nombramiento de consejero-delegado de dicha sociedad consta asimismo inscrito en el mencionado Registro, por lo que éste proclama la legitimación de su capacidad jurídica y de obrar y de su capacidad para otorgar el apoderamiento suspendido; que por tanto, cerrar el acceso a los libros del Registro a un acto otorgado por quien según los asientos del mismo

está legitimado para hacerlo y tiene facultades delegadas bastantes para su otorgamiento constituye un contrasentido; y que finalmente no puede por menos que invocar los principios fundamentales latentes en nuestro ordenamiento jurídico, que aunque no estén expresamente formulados en un precepto legal concreto, son el de seguridad del tráfico y el de reciprocidad con otras legislaciones extranjeras.

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que en la escritura presentada no se hace referencia alguna a los requisitos exigidos por el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, si bien se acompañaba testimonio notarial de una certificación expedida al parecer por el cónsul general de Italia en Barcelona, sin que la firma del mismo esté legitimada, en la que simplemente se declara que "el ciudadano italiano, mayor de edad, tiene plena capacidad legal para actuar en toda clase de actos y contratos"; que el requisito de la mayoría de edad resultaba también de la comparecencia y como el indicado otorgante manifestaba actuar en representación de **TECNOFINISH IBERICA, S. A.**, como consejero-delegado de la misma, se procedió a examinar los libros de la oficina, comprobándose que, efectivamente, en la fecha del otorgamiento dicho compareciente ostentaba tal calidad; que prescindiendo de la actual crisis de conceptos, en el mundo de la geometría, el tema de la capacidad más que una figura con dos vertientes es comparable a una pirámide en cuya base radicaría la elemental capacidad jurídica, siguiéndole la genérica, de obrar en sus facetas delictual, procesal, negocial y no sólo la de cada especie de acto, sino también la de cada acto concreto; o sea, la inexistencia de limitaciones que impidan la actuación de la persona en las circunstancias de momento y lugar y en la relación con objeto determinado; que el problema de la capacidad no es cuestión simple, sino la compleja de si se dan todas las "conditio iuris et facti" para que una persona pueda realizar un cierto acto, por lo que no se puede hablar de capacidad, sino de capacidades; que la capacidad de los extranjeros se rige en España por las normas de su Estatuto personal y dichas normas implican no sólo la capacidad jurídica pese a su casi universal reconocimiento, sino también la de obrar; o sea, que todo lo relativo a la capacidad física y psíquica de las personas se rige en principio por la Ley nacional del extranjero; que tal principio se encuentra limitado considerablemente por los llamados conceptos de "orden público, interés de la nación, etc.", cuyo uso y abuso constituye el medio más cómodo y fácil para fundamentar la competencia territorial, anulando prácticamente en muchas ocasiones lo que un autor ha llamado "el yo civil e irreductible del hombre", que no es posible sin la firmeza y extraterritorialidad de las leyes nacionales; que los Notarios, en cumplimiento del artículo 167 de su Reglamento Orgánico, deben emitir juicio de capacidad del otorgante en relación con el acto concreto sometido a su autorización, lo que implica un examen exhaustivo, no sólo de la capacidad jurídica y de obrar, sino de todas las circunstancias del mismo, con sus limitaciones, prohibiciones, etc.; que el Notario debe apreciar la capacidad del extranjero desde un ángulo óptico de la Ley nacional del mismo, aunque teniendo en cuenta las limitaciones territoriales que puedan existir; que según el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil la referida capacidad debe ser acreditada, a efectos de la inscripción, mediante aseveración

explícita del Notario o mediante la oportuna certificación; que en el caso debatido el Notario no efectúa declaración específica y la certificación que se acompaña, no legitimada, tiene casi diez años de antigüedad, como si las leyes se pudiesen variar, formulándose una declaración general de capacidad, sin referencia a la sanidad mental del otorgante, sin que tampoco resulte de la misma que el compareciente sea mayor de edad, dato éste que el Notario debe haber considerado ya resultaba del Registro; que tales fórmulas generales son completamente deficientes del juicio concreto que debe realizar el Notario e incumplen lo exigido por la Resolución de 17 de enero de de 1951; o sea, la referencia a los preceptos de la ley directamente aplicables; que sus términos absolutos conducen al absurdo, pues es increíble que porque una persona sea italiana y mayor de edad pueda realizar toda clase de actos sin restricciones ni limitaciones, lo que constituiría una patente en curso para navegar indefinidamente por los mares alambicados y complejos del mundo jurídico, plagados de distingos y sutilezas, lo que afectaría gravemente a la seguridad jurídica; que el Registrador debe enjuiciar la capacidad aunque se trate de un extranjero inscrito ya en el Registro Mercantil como representante de una sociedad, pues si no fuese así, tal constancia de capacidad afectaría igualmente al Notario, quien ha utilizado una fórmula concreta y precisa de remisión a los exclusivos efectos de identidad del compareciente; que debe distinguirse al menos entre legitimación, capacidad jurídica y capacidad de obrar, de donde podrá deducirse la capacidad del compareciente para el otorgamiento del acto suspendido; que la legitimación creada por la publicidad registral implica una presunción “*iuris tantum*” de la identidad de una persona; que la capacidad jurídica supone su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y aunque en teoría está universalmente reconocida, se rige en la práctica por la ley nacional, debiendo aplicarse la territorialidad por razón de orden público en caso de ser aquélla desconocida; que la capacidad de obrar se rige también *prima facie* por la ley nacional y es susceptible de múltiples alteraciones que por su naturaleza contingente, ambulatoria y variable no son susceptibles de garantía registral, pues el identificado puede haber cambiado de nacionalidad, o haberse alterado su ley nacional, o haber sido declarado incapaz o limitado, extremos que hay que conocer de manera cierta en beneficio del tráfico jurídico; y que en cuanto al principio de reciprocidad, es opinión común que sólo rige en casos taxativos y presupone siempre absoluta identidad de elementos.

Doctrina.—“Considerando que la capacidad negociada de don Carlo Morone, ciudadano extranjero, mayor de edad y en tanto que consejero-delegado de una sociedad anónima española queda suficientemente acreditada por sus propios Estatutos orgánicos—los artículos pertinentes se insertan en la copia de la escritura de poder presentada en el Registro—, cuya vigencia, por otra parte, consta en éste, ya que en la misma oficina fue inscrita aquella escritura, así como otras en las que ha sido otorgante el mismo consejero-delegado, y que, a mayor abundamiento y, para cumplir formalmente con lo que disponen tanto el artículo 186-5.º del Reglamento Notarial como el artículo 36 del Hipotecario sobre juicio de capacidad de un extranjero, se acompaña certificación, que el fedatario considera, en efecto, vigente, sobre capacidad legal del mayor de edad italiano “para actuar en toda clase de actos y contratos”,

entre otros “constitución de sociedades tanto italianas como extranjeras o de otra naturaleza cualquiera.”

“Considerando que tal juicio no contradice ninguna de las disposiciones legales reglamentarias citadas en el recurso, así como tampoco la doctrina de la Resolución de 17 de enero de 1951, recaída en un recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad y en el que era problemática la capacidad del otorgante extranjero “y por no regir respecto de las leyes extranjeras la propia máxima “*iura novit curis*” declaraba—no es éste el caso—que no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho y por ello la capacidad de los otorgantes extranjeros, que ha de calificarse con arreglo a su Ley nacional, es preciso que se acredite de modo auténtico”, conforme a los artículos citados del Reglamento Hipotecario y Reglamento Notarial.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.”

Consideraciones críticas.—Partiendo de la base que la solución que se da al recurso es justa ante la situación de hecho que rodea al caso, es evidente que los dos considerandos de que consta la doctrina de la Dirección eluden una explicación profunda que podría justificar más dogmáticamente la solución. Me explicaré. Hay en las alegaciones de los recurrentes poca precisión en cuanto dentro del concepto de legitimación se incluye la capacidad jurídica y la de obrar, cosas que doctrinal y legislativamente están plenamente diferenciadas. Lo apunta en su documentado informe el Registrador al precisar las diferencias existentes entre dichos conceptos, pero de nada sirve, pues al darse solución al caso en el primer considerando de la Resolución solamente se plantea el problema de la “capacidad negocial” del consejero-delegado y la “capacidad del extranjero” acreditada por un documento de fecha anterior. Para nada se hace entrar a la posible legitimación generada por la publicidad registral. Y es curioso cómo esta circunstancia es una de las que debe comprender el Registrador en su calificación, pues a diferencia de lo que sucede en el campo de la legislación hipotecaria, en la que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria sólo considera necesario que la calificación se extienda a la “capacidad de los otorgantes”, aquí a dicha capacidad se añade la *legitimación* (artículo 5 del Reglamento Registro Mercantil).

Consecuencia de todo ello son los dos grandes problemas que deben abordarse en la solución del caso: ¿Tenía legitimación el consejero-delegado para el otorgamiento del poder?; ¿Tenía capacidad para la realización de dicho acto? Claro está que esta capacidad pudiera ser examinada—y aquí es donde está la raíz equivocada de la discusión— como capacidad del extranjero para ser consejero-delegado de una sociedad o como conjunto de facultades que a un consejero delegado le corresponden conforme a los estatutos, aun siendo extranjero.

Creo que las soluciones las da la Resolución de la Dirección General, pero como en la misma existen dos considerandos, dos a nuestro juicio deben ser los apeaderos del comentario: el primero destinado a precisar la solución del caso y el segundo a demostrar que la doctrina no se separaba de la ya establecida por la misma Dirección en otra resolución.

A. Legitimación, capacidad general y capacidad de obrar

Decía Ladaria Caldentey ("Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, 1952) que para que un acto jurídico sea eficaz no es suficiente que su autor tenga aptitud subjetiva para realizarlo (es decir, capacidad de obrar), sino que es también necesario que tenga el reconocimiento, otorgado por el Derecho, de un poder suficiente, es decir, de la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión. El reconocimiento de este poder recibe el nombre de legitimación. Mientras los conceptos de capacidad jurídica y de obrar son conceptos estrictamente subjetivos: hacen referencia a la cualidad de las personas, la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto.

Señaladas estas diferencias y admitiendo que dentro de la teoría de la legitimación puede hablarse de una *directa* (que emana de la titularidad), otra *indirecta* (a través de la representación, la sustitución, la gestión, etc.) y de una extraordinaria, cuya manifestación más genuina es la que se deriva del principio de publicidad registral, es preciso situar en el presente caso todos estos conceptos.

Dentro del campo de la capacidad para desempeñar los cargos de la administración de sociedades españolas sólo juegan las limitaciones que impone el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, que no incluye la condición de extranjero. Garrigues Uría ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo II, pág. 167) nada dicen al respecto. Igualmente sucede con Rubio y García Mina ("Curso de derecho de sociedades anónimas", Madrid, 1964, pág. 240) y con Rodríguez Artigas ("Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración". Editorial Montecorvo, 1971). Únicamente Manuel de la Cámara ("Estudios de Derecho Mercantil", Tomo I, página 514) hace alusión a la serie de limitaciones que pesaban sobre los extranjeros en la Ley de 24 de noviembre de 1939, pero que conforme al artículo 13 del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 han desaparecido. De ahí que pueda decirse que el carácter de extranjero no limita la posibilidad de ostentar el cargo de administrador de las sociedades anónimas, salvo en aquellos casos como son las de defensa nacional, las que exploten empresas periodísticas, las destinadas a actividades cinematográficas, las concesionarias de servicios aéreos, las sociedades mineras y de inversión mobiliaria.

Es decir, que para que en su día pudiera ostentar el cargo de consejero-delegado don Carlo Morone Spaggiari, de nacionalidad italiana, debió ser preciso justificar, conforme al artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil la capacidad civil del mismo, cosa que bien pudo realizarse por ese certificado expedido por el Consulado General de Italia en Barcelona el 17 de julio de 1964 y que ahora vuelve a presentarse a nuestro juicio innecesariamente. Decimos esto, pues entendemos que el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil no debe ser interpretado tan restrictivamente que cada actuación de un extranjero comerciante deba ir acompañada de un certificado de capacidad, pues aquí el que actúa no es el "extranjero", sino el consejero-delegado de una sociedad a quien en su día se consideró como hábil y con capacidad para desempeñar el cargo y cuyas facultades vendrán determinadas por los estatutos.

Demostrada en su día la capacidad, y no existiendo limitaciones, para desempeñar el cargo de consejero-delegado de una sociedad anónima, es evidente que su "capacidad de obrar" viene determinada por los estatutos sociales y deben ser éstos los que el Registrador examine, juntamente con el contenido del Registro, para decidir si el acto inscribible goza o no de los requisitos de validez para ser inscrito. La capacidad concreta para el acto que ha de ser inscrito vendrá dada por el contenido de los estatutos y la legitimación que avala el posible otorgamiento del acto inscribible lo determinará la inscripción respectiva.

De ahí que, a mi entender, no tenía por qué haber entrado en juego el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil y, por supuesto, al emitir el juicio de capacidad notarial del acto, conforme al artículo 167 del Reglamento Notarial, para nada tenía que utilizar el Notario la ley Nacional del otorgante, pues, vuelvo a insistir, aquí actuaba un órgano social, debidamente nombrado, y con unas facultades que emanaban del artículo estatutario correspondiente. Es en el acto del nombramiento donde el Notario debió y seguramente comprobó la capacidad para que el italiano en cuestión fuera nombrado consejero-delegado.

B. *La máxima "iura novit curia" y la capacidad de los extranjeros*

En la Resolución de 17 de enero de 1951 se planteó el caso de si el Registrador podía o tenía facultades para pedir el certificado consular de que habla el artículo 36 del Reglamento Hipotecario para acreditar la capacidad civil de los extranjeros. Y la Dirección contestaba que por no regir respecto de las leyes extranjeras la máxima "iura novit curia" no puede exigirse a los funcionarios españoles que apliquen de oficio tal derecho y por ello la capacidad de los otorgantes extranjeros que ha de calificarse con arreglo a su ley nacional, es preciso que se acredite de modo auténtico y con tal finalidad aparece redactado el párrafo 3 del artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en armonía con lo dispuesto en el artículo 168 del Reglamento Notarial.

Como esta Resolución está citada en el escrito que plasma el informe del Registrador a los efectos de defender su postura, es por lo que la Dirección le dedica un considerando. El Registrador alegaba que el uso de fórmulas generales para acreditar esa capacidad negocial del extranjero era insuficiente, pues se necesitaba un juicio concreto del Notario o la presentación de la certificación consular correspondiente, pues de lo contrario se incumple la ley y lo exigido por la Resolución de 17 de enero de 1951.

Aparte de que el caso era completamente distinto, pues en el mismo de la certificación presentada no se deducía la capacidad de obrar del extranjero, concretamente para realizar una venta, aquí no es de aplicación esa doctrina de la Dirección que interpretando debidamente el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y en su consecuencia el 9 del Reglamento del Registro Mercantil, permite al Registrador la exigencia de tal requisito. El no haber sido redactado el primer considerando con mayor exactitud es lo que exige este segundo considerando.

Volvemos a repetir la afirmación anterior. Aquí no había un extranjero,

sino un cargo social ostentado por persona extranjera. Si se acredita la validez del nombramiento, cosa que emana del Registro, y a su vez se acredita la vigencia del cargo, las facultades del mismo habrán de deducirse del artículo o artículos correspondientes de los estatutos. A mi juicio resulta excesivo dar entrada, en estos casos de cargos servidos por extranjeros, al artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil y 36 del Hipotecario. Por muchos cambios que puedan producirse en una legislación se hace muy cuesta arriba admitir que a un mayor de edad pueda suprimírsele por capricho legislativo la capacidad de obrar. Si cada acto que deba realizar ese consejero-delegado necesita el complemento de su vigente capacidad, la marcha social de la empresa debe sufrir tantos retrasos que lo más óptimo sería colocar a un nacional en ese cargo de administración social.

SOCIEDAD ANÓNIMA: REVOCACIÓN Y DELEGACIÓN DE FACULTADES.—ES VÁLIDA LA ACTUACIÓN DE UN CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON UNA MITAD DE CARGOS NO RENOVADOS EXPRESAMENTE, POR LA QUE SE REVOCA EL NOMBRAMIENTO DE ALGUNO DE SUS MIEMBROS Y SE DELEGAN FACULTADES EN OTRO. (Resolución de 30 de mayo de 1974, *Boletín Oficial del Estado* de 28 de junio de 1974.)

Hechos.—Resultando que por escritura de 11 de febrero de 1970, autorizada por el Notario de Barcelona, don Enrique Gabarró y Sansó, se constituyó la Compañía Mercantil "GUATOREX ESPAÑOLA, S. A.", que fue inscrita en el Registro; que de dicha escritura y de los libros de la oficina resulta que la sociedad estaba integrada por seis socios, cuatro de los cuales formaban el Consejo de Administración, del que era presidente don Carlos Suárez Cué y vocales don Luigi Cavezzale y don Ricardo Legido Soriano, actuando como secretario don Carlos Enrique Perera San Miguel, todos los cuales aceptaron sus cargos; que al constituirse la sociedad, los consejeros nombrados acordaron por unanimidad designar consejero-delegado a don Ricardo Legido Soriano, quien en el ejercicio de su cargo podría hacer uso de todas y cada una de las facultades legalmente delegables que según la ley y los Estatutos sociales corresponden al Consejo de Administración; que según el artículo 30 de los Estatutos, "La Sociedad será administrada y regida por el Consejo de Administración, el cual asume la representación social y tiene plenitud de facultades. El Consejo de Administración estará integrado por tres individuos como mínimo y siete como máximo, nombrados por la Junta general; que conforme el artículo 34 "La duración de los cargos de consejeros será de cuatro años, renovándose cada dos de ellos la primera vez y el resto la siguiente. Quienes hayan de serlo primeramente, se determinará por votación y las sucesivas por orden de antigüedad debiendo, en todo caso, los grupos de accionistas a quienes represente el vocal o vocales del Consejo que hayan de cesar, determinar si han de ser renovados en su mandato o designarse la persona que ha de sustituirlos. Si durante los plazos para que fueron nombrados los administradores se produjeran vacantes, el Consejo podrá designar las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta general. A efectos de este artículo se ha de entender que

el año termina el día que se celebre la Junta general ordinaria en que haya de efectuarse la renovación de consejeros"; que el artículo 38 establece que "El presidente del Consejo de Administración será considerado como presidente de la sociedad y le corresponde velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo, al cual representa permanentemente con los más amplios poderes, pudiendo tomar en circunstancias especiales las medidas convenientes a los intereses de la sociedad. Le corresponderá la alta inspección de los servicios y llevará la firma social, pudiendo delegarla en el vicepresidente de la sociedad o en dos consejeros que integren la Comisión Permanente, correspondiendo conjunta o separadamente la firma social a dichos dos consejeros".

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Alfonso del Moral y de Luna, el 17 de noviembre de 1973, don Carlos Suárez Cué, compareciendo en nombre y representación de "GUARTOREX ESPAÑOLA, S. A.", manifestó que según consta en acta autorizada por el propio Notario, en la reunión del Consejo que tuvo lugar el 11 de octubre de 1973 se tomó el acuerdo de "revocar la delegación de facultades que según el capítulo V de la escritura de fundación de la Sociedad a que antes se ha hecho referencia se había concedido a don Ricardo Legido Soriano, como consejero-delegado, en relación con las atribuidas al Consejo de Administración en los Estatutos sociales"; que como resulta de otra acta incorporada también a la referida escritura y autorizada por el mismo fedatario, el anterior acuerdo de revocación fue ratificado en posterior reunión del Consejo que tuvo lugar el 8 de noviembre siguiente, delegándose en don Carlos Suárez Cué las facultades del Consejo de Administración que se especifican en el artículo 37 de los Estatutos sociales, salvo las legalmente indelegables, acordándose también que los dos acuerdos de revocación y delegación de facultades se inscriban en el Registro Mercantil"; que en las citadas reuniones se decidió igualmente trasladar el domicilio social desde el emplazamiento que ocupaba en Comandante Zorita, número 6, 1.º, de Madrid, a los locales adyacentes a la fábrica en Torrejón de Ardoz, polígono industrial Procoinsa, calle Pirita, sin número; que presentadas las actas en el Registro se puso nota expresiva de que "las revocaciones y delegaciones de facultades no pueden hacerse mediante acta, siendo precisa escritura"; y que, en vista de ello se otorgó la escritura anteriormente referida de 17 de noviembre de 1973.

Resultando que presentada en el Registro primera copia del anterior documento fue calificado con la siguiente nota: "PRESENTADO el precedente documento el día 21 de noviembre último bajo el número 877 del Diario 318, retirado por el representante y devuelto al Registro el 31 del pasado mes, habiéndose prorrogado la vigencia del asiento hasta el día 8 de los corrientes. Denegada la inscripción de los actos contenidos en dicho instrumento por los siguientes defectos: 1.º Inexistencia de los acuerdos adoptados en las reuniones del llamado Consejo de Administración de 11 de octubre y 8 de noviembre pasados, en orden a la revocación de facultades conferidas al señor Legido, nueva delegación al señor Suárez Cué y traslado de domicilio social por no estar vigente el nombramiento del mínimo de consejeros preciso para constituir el Consejo, ya que en cuanto a dos de ellos caducó a

los dos años de su designación (11 de febrero de 1970), conforme al artículo 34 de los Estatutos de la sociedad, y debieron de ser renovados en la Junta General Ordinaria de 1972, sin que conste inscrito ningún acuerdo de la misma. Estas circunstancias impiden tomar acuerdos a tenor del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º La nulidad radical de tales actos se deriva de la aplicación del artículo 1.261 del Código civil, en relación con los 71 y 78 de dicha Ley y el artículo 30 de los Estatutos, se produce de pleno derecho, y por caer fuera del ámbito de la voluntad no es sanable por confirmación ni por prescripción. 3.º Infracción de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, porque las actas de presencia insertas deben llegar al Registro por testimonio o por certificación del libro de actas, y no directamente por copia del protocolo notarial, sin referencia alguna a estar incorporadas a aquel libro. 4.º En cuanto al traslado de domicilio, además por oponerse al artículo 84 en relación con el 11-3.º, letra e) de dicha Ley, ya que no compete acordarlo al Consejo de Administración, sino a la Junta general de accionistas, por haberse fijado fuera de Madrid. La índole de dichos defectos impide tomar anotación preventiva. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo conforme al artículo 76 del Reglamento de este Registro.”

Resultando que don Carlos Suárez Cué, como presidente de “GUARTO-REX ESPAÑOLA, S. A.”, sin oponer ningún reparo al 4.º defecto de la calificación, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra los restantes y alegó: Que el artículo 38 de los Estatutos sociales determina que el presidente del Consejo de Administración lo es también de la sociedad y le corresponden las más amplias facultades, velando por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo al cual representa permanentemente, “pudiendo tomar, en circunstancias especiales las medidas más convenientes a los intereses de la Sociedad”; si bien el artículo 34 dispuso que la duración de los cargos sería de cuatro años, renovándose cada dos por mitad, lo cierto es que la primera renovación, única vencida, no ha tenido lugar y el Consejo ha seguido funcionando con sus cuatro miembros iniciales que eran “reelegibles indefinidamente” de acuerdo con lo ordenado en el artículo 32; que el 11 de octubre de 1973 se celebró una reunión del Consejo de Administración, el acta de la cual figura unida a la escritura, en la que consta: que en ella actuó como presidente el recurrente; que había sido citado el consejero don Ricardo Legido Soriano, quien manifestó no serle posible asistir por estar enfermo; que el presidente ostentó la representación de don Luigi Cavezzale; que el presidente hizo uso de las facultades extraordinarias que le concede el artículo 38 estatutario, y que en dicha reunión se adoptó entre otros el acuerdo de revocar la delegación de facultades del Consejo otorgada a favor de don Ricardo Legido Soriano en la escritura de constitución de la sociedad, y se delegaron en el presidente todas las facultades del artículo 37 de los Estatutos salvo las legalmente indelegables; que el 8 de noviembre volvió a celebrarse otra reunión del Consejo según consta en otra acta incorporada a la escritura, en la que se hace constar que la reunión fue presidida por el recurrente asistido del secretario, don Enrique Perera San Miguel, y representado por el exponente don Luigi Cavezzale, según carta autenticada y protocolizada y que en la mencionada reunión se ratificaron

los acuerdos del Consejo celebrado el 11 de octubre, confirmándolos en cuanto fuese preciso y declarándolos válidos desde que se adoptaron; que presentada el acta de 11 de octubre en el Registro Mercantil, se devorvió con nota expresiva de que "Las revocaciones y delegaciones de facultades no pueden hacerse mediante acta, siendo precisa escritura"; que como consecuencia de ello el recurrente otorgó la escritura de 17 de noviembre de 1973, en que se solemnizaron los acuerdos referidos de revocación y delegación de facultades expuestos, confirmándose además el traslado del domicilio social desde el número 6, piso 1.º, de la calle Comandante Zorita, de Madrid, a los locales adyacentes a la fábrica de la sociedad en Torrejón de Ardoz, polígono industrial Procoinsa, calle Pirita, sin número; que el Registro de Madrid es único, estando sometido a régimen de división personal y como en tales casos se precisa oír previamente a la calificación hecha por un Registrador, a los restantes cotitulares, al no constar ello en el título calificado la nota es nula; que entrando no obstante en los varios apartados de la calificación es cierto que el Consejo debió haber sufrido una primera renovación parcial antes de las reuniones que dieron lugar a la escritura calificada sin que se hiciera esta renovación y por consiguiente también sin inscribirla, pero esta circunstancia no impide que el Consejo se reúna y tome acuerdos ni que constituya una nulidad radical de los adoptados; que la Resolución de 24 de junio de 1968 es favorable a la validez de los acuerdos tomados por los administradores de hecho, en beneficio de la buena fe y para evitar la paralización de la vida social; que en el presente caso sólo deberían haber cesado dos de los consejeros, ignorándose cuáles serían, y en todo caso se trata de una infracción estatutaria, pero no legal al no haber transcurrido los cinco años que señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la sociedad sólo tiene seis socios, en frecuente e íntimo contacto, por lo que no es necesario adoptar, como se deduce de la Resolución citada, las prevenciones y cautelas indispensables en una gran sociedad (Considerando 5.º de la Resolución citada); que los cuatro consejeros no sólo tienen la mayoría de capital (375 acciones sobre las 500), sino que cualquiera de ellos tiene acciones en cantidad igual o superior a cualquiera de los accionistas no consejeros; que el Consejo siguió funcionando sin que ningún accionista impugnase los acuerdos tomados o solicitase la celebración de la Junta general, habiéndose hecho normalmente las oportunas citaciones y celebrado las reuniones precisas; que en cualquier caso y dada la urgencia de la situación y las anomalías surgidas de la actuación de don Ricardo Legido Soriano podría incluso el presidente revocar o suspender la delegación de facultades de acuerdo con el artículo 38 de los Estatutos; que si no se siguiese el criterio indicado habría que estimar conforme al principio de que los poderes mercantiles se entienden subsistentes mientras no conste su revocación en el Registro Mercantil, que el señor Legido podría continuar indefinidamente haciendo uso de la apariencia de su poder con grave daño para la sociedad, sin que hubiese órgano de ésta capaz de revocarlo al no poder reunirse válidamente el Consejo de Administración; que por ello una elemental buena fe en las relaciones de los socios entre sí, con el Consejo de Administración e incluso con terceras personas y la necesidad de conseguir fluidez en las actuaciones sociales, imponer la validez de los acuerdos del

Consejo adoptados por dos consejeros en el ejercicio reglamentario de su cargo y por un administrador de hecho; que en otro aspecto, cabe destacar que el Derecho Mercantil, al contrario de lo que ocurre en el Derecho civil, es siempre favorable a la previvencia de los poderes y a la continuidad en el cargo; que el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la facultad del Consejo para designar provisionalmente a los accionistas que hayan de cubrir vacantes de consejeros; que el artículo 1.710 del Código civil admite el mandato tácito y este mismo carácter puede asignarse a la prórroga de un mandato temporal preexistente; que en análogo orden de consideraciones según los artículos 1.888 y concordantes del Código civil, asumida de forma voluntaria la representación sin mandato, quien lo haga está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, disponiendo el artículo 1.892 del propio Código que la ratificación produce los efectos del mandato expreso; que este supuesto es perfectamente aplicable al caso planteado estando, en definitiva, ante una situación similar a la que en Derecho administrativo se conoce con el nombre de "funcionarios de hecho", respecto de los cuales la jurisprudencia admite la validez de sus acuerdos; que de cuanto antecede no sólo se desprende la inexistencia de los defectos señalados en la calificación sino que, en el supuesto de existir serían subsanables; que es obvio que cualquier Junta general que se celebre, incluso mediante convocatoria judicial, podría ratificar toda la actuación de los administradores en el período posterior a la fecha en que debió renovarse el Consejo y proceder a dicha renovación con efectos retroactivos, lo cual no causaría perjuicio a nadie ni está prohibido por ninguna disposición legal, constituyendo un acto normal en cualquier sociedad; que en cuanto al tercer defecto de la calificación no existe infracción del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil porque las actas de presencia que constituyen los documentos I y II de la escritura no acceden al Registro como talés, sino formando parte del instrumento público a que se han elevado los acuerdos adoptados en el Consejo de Administración, por lo que en cualquier caso se estaría en el supuesto de inscripción de una escritura pública; que en otro aspecto de la cuestión, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1945, según la cual para la eficacia de los acuerdos que adopten los Consejos de Administración de las Compañías Mercantiles, no se precisa que consten en el libro de actas; que el artículo 108 repetido del Reglamento Mercantil no es aplicable en definitiva porque ni la escritura ni las actas notariales incorporadas en ella contienen ningún nombramiento de administradores, que es el único supuesto regulado en dicho artículo; y que se está, por consiguiente, ante un supuesto general de revocación y otorgamiento de poderes en que rige el artículo 8 del citado Reglamento, según el cual la inscripción se practicará en virtud de escritura pública y otros documentos, por lo cual no cabe hablar de inadecuación formal de la misma.

Resultando que el Registrador incorporó al expediente un escrito de la misma fecha que la de la nota de calificación, suscrito por los cotitulares de la oficina, en el que manifiestan su conformidad con la misma, así como fotocopia de una escritura otorgada en Torrejón de Ardoz el 28 de noviembre de 1973, ante el Notario señor Aranguren, por la que se modifican los Esta-

tutos de "GUARTOREX ESPAÑOLA, S. A.", acompañada de un acta autorizada por el Notario de Madrid, señor del Moral, en la que se recogen manifestaciones de don Ricardo Legido relativas a acuerdos de la Junta general de 9 de noviembre de 1972 en el sentido de que se muestra conforme con que el domicilio social quede trasladado a Torrejón de Ardoz, renunciando a su derecho de suscripción preferente en una ampliación de capital "y en cuanto a los demás acuerdos adoptados por la citada Junta general extraordinaria, se reserva el derecho de estudiarlos a los fines legales procedentes", con lo que demuestra su disconformidad con la marcha que se pretende imprimir a la sociedad; que la escritura referida fue objeto de nota calificadora denegando su inscripción; que aun cuando el recurrente dice que después de transcurrido el plazo para la primera renovación parcial del Consejo de Administración sin verificarlo siguió funcionando con sus cuatro miembros iniciales, este hecho no resulta justificado ni se ha practicado en la hoja abierta a la sociedad ningún asiento posterior a la inscripción primera de la misma en la que constan la liberación del capital social, el nombramiento del Consejo de Administración y consejero-delegado y delegación de facultades; que en el acta autorizada por el notario señor Del Moral de 11 de octubre de 1972, consta que sólo asiste al llamado Consejo de Administración, además de un asesor ajeno a la misma, don Carlos Suárez Cué, no hallándose presentes el señor Legido ni el señor Perera San Miguel, haciéndolo el primero además de por sí, en representación de don Luigi Cavezzale; no obstante, lo cual los acuerdos se adoptan por el Consejo y por él como presidente con tales facultades; que los actos de presencia autorizados por el Notario señor Del Moral en 11 de octubre y 8 de noviembre de 1972 llegan al Registro como primera copia de la matriz que obra en el protocolo del notario y no por certificación o testimonio del libro de actas que debe llevar la sociedad; que según se acredita con la fotocopia del acta extendida al efecto antes de ponerse la nota de calificación recurrida se requirió la conformidad de los otros cotitulares del Registro de acuerdo con lo establecido en el artículo 585-*c* del Reglamento Hipotecario; que respecto a la conformidad en la calificación de los demás cotitulares del Registro no existe ninguna norma mercantil que obligue al Registrador calificador a hacer constar en el título el cumplimiento de aquella formalidad; que en el presente caso el registrador prestó cumplida observancia a lo dispuesto en el artículo 485 del Reglamento Hipotecario sometido a sus cotitulares el proyecto de nota calificadora al que éstos dieron por escrito su conformidad según aparece en el documento que figura incorporado en el expediente, lo que demuestra que no ha existido la infracción denunciada; que aun admitiendo a efecto dialéctico que los dos consejeros de la reunión del 11 de octubre fueran los que deberían continuar en el cargo por no haber caducado su nombramiento, es lo cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas para que se constituya válidamente el Consejo deberán concurrir a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes, y como según la escritura de constitución de la Sociedad, son cuatro los consejeros, es evidente que para quedar válidamente constituida dicha reunión era preciso que asistieran tres, y como sólo estuvo presente el señor Suárez por sí y en representación del señor Cavezzale, todo lo actuado adolece de nulidad radical

o absoluta y los acuerdos adoptados deben reputarse inexistentes; que el citado precepto es imperativo, por lo que no puede ser contravenido por una norma estatutaria; que al establecer el artículo 38 de los Estatutos que el presidente del Consejo puede tomar en circunstancias especiales las medidas convenientes al interés de la sociedad, no puede entenderse en el sentido de que pueda decidir lo que estime oportuno en contra de lo dispuesto en la Ley, sino que sólo es aplicable a aquellos actos de administración respecto de los cuales no exista precepto de rango superior y necesaria observancia; que, por tanto, la legalidad de la reunión cae dentro del ámbito de la función calificadora; que el artículo 34 de los Estatutos estableció, congruentemente a lo dispuesto en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas, que la duración del cargo de consejero sería de cuatro años renovándose cada dos por mitad; que los cuatro componentes del Consejo fueron designados en la escritura fundacional el 11 de febrero de 1970 y su nombramiento se inscribió en el Registro Mercantil el 30 de junio siguiente; que las reuniones del Consejo a que se refiere el título calificado tuvieron lugar el 11 de octubre y el 8 de noviembre de 1973, o sea, después de transcurrir el plazo de dos años en que debió hacerse la primera renovación parcial; que el incumplimiento de esta norma estatutaria no puede servir de base para considerar a los cuatro consejeros como administradores de hecho; que por lo dicho, el Consejo no pueda quedar válidamente constituido el 8 de noviembre, siendo, por tanto, nulos sus acuerdos; que aunque a efectos dialécticos se admitiera su validez, como se limitaron a ratificar acuerdos de reunión anterior que eran radicalmente nulos, carecen de eficacia; que el documento incorporado a la escritura y relativo a la reunión del 8 de noviembre, es el testimonio de un acta notarial de presencia, protocolizada y no del libro de actas de la sociedad, que era lo procedente; que la Resolución de 24 de junio de 1968 invocada por el recurrente tuvo por objeto la validez de una Junta general convocada por administradores que en el Registro aparecían con su mandato caducado, con objeto de no dejar inerte a la Sociedad, pero estando presentes o representados todos los accionistas y tomándose acuerdos por unanimidad que se inscribieron y en el presente caso las circunstancias concurrentes son totalmente distintas; que según el artículo 1.892 del Código Civil la voluntad conforme y manifiesta del dueño del negocio puede dar validez a lo hecho por un gestor, sin embargo, ratiándolo, pero en el presente caso no cabe tal ratificación, puesto que la reunión en que se tomaron los acuerdos fue nula; que la doctrina de los funcionarios de hecho, de carácter público, no es tampoco aplicable al presente caso; que en general, tales funcionarios de hecho o colaboradores de hecho sólo pueden actuar en circunstancias excepcionales como guerras, insurrecciones, etc., pues en otro caso serían verdaderos usurpadores de funciones; que el párrafo 2.º del artículo 33 del Código de comercio impone a las sociedades la obligación de llevar un libro de actas con iguales formalidades que los demás libros de los comerciantes y de donde se ha de testimoniar el nombramiento de los administradores, según el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil; que la misma exigencia de referirse al libro de actas se aplicará a las certificaciones expedidas por el secretario del Consejo con el visto bueno del presidente, pues lo contrario carecería de lógica y se opondría a la finalidad y razón de existencia

del libro; que tal exigencia de referirse al libro de actas es un requisito indispensable para que el acto sea inscribible en el Registro; que tal criterio no es contrario al sustentado en la Resolución de 26 de febrero de 1945, pues el supuesto discutido se refería a un negocio singular entre un particular y la sociedad y aquí se trata de relaciones puramente sociales con revocación unilateral de facultades a un consejero; que la escritura calificada tiene por objeto solemnizar la revocación de facultades del señor Legido —acto radicalmente nulo, por lo que no puede ser ratificado— y otros extremos referentes al domicilio social que no interesan a efectos del recurso, y que aunque en los recursos hipotecarios es obligada la audiencia previa a la calificación de los cotitulares de una oficina cuando sean varios los Registradores que la rijan (artículo 485 del Reglamento Hipotecario) no existe análoga norma en los recursos mercantiles, quizá por ser previa la petición de reforma al propio recurso de alzada, no obstante lo cual no hay duda de que es conveniente y en el presente caso se ha recabado y coincide con la del que informa;

Doctrina.—“Considerando que la cuestión principal debatida en este recurso, que afecta a los dos primeros defectos señalados, versa sobre el válido o inválido funcionamiento de los Consejos de Administración celebrados los días 11 de octubre y 8 de noviembre siguientes, este último ratificando los acuerdos del primero sobre renovación y delegación de facultades, los cuales acuerdos por vicio de constitución de aquéllos, “por no estar vigente el nombramiento del mínimo de consejeros preciso para constituir el “Consejo”, adolecen, según la nota de calificación, de “inexistencia” y “nulidad radical”, “no sanable por confirmación ni por prescripción”;

“Considerando que por el presidente del Consejo de Administración, el cual, conforme al artículo 38 de los Estatutos sociales, lo es también de la sociedad y, como tal, puede en circunstancias especiales tomar “las medidas más convenientes” a los intereses de la sociedad —hecha la oportuna convocatoria—, ostentando además debidamente —artículo 35— la representación de un segundo consejero, y hecho constar la excusa de asistencia de otro tercero, así como la citación hecha al cuarto, que ostentaba por escritura fundacional el cargo del consejero-delegado, se constituye el Consejo de Administración; no obstante, el artículo 35, que exige la concurrencia de la mitad más uno de sus componentes, o sea, tres, amparándose en este propio artículo que establece el voto de calidad del presidente para decidir empates y el número 16 del artículo 37, sobre interpretación estatutaria y suplencia de omisiones por el Consejo, y adopta acuerdos, que en reunión posterior del Consejo —al que asisten al mismo presidente que actúa en su propio nombre, y en el de otro consejero, y además un tercer miembro de tal Consejo, por lo que existía la mayoría requerida—, fueron ampliamente confirmados, declarándolos válidos desde que se adoptaron”;

“Considerando que —si bien no haya sido planteada así la cuestión en la nota, aunque sí en su defensa— es indudable que en la primera de las reuniones del Consejo de Administración —y prescindiendo de momento de la cuestión de si había o no caducado sus nombramientos, que se examinará más adelante— no se alcanzó el “quorum” de existencia que exige el artículo 78 de la Ley para la válida constitución del Consejo, ya que entre presentes y representados sólo asistieron dos de los miembros, cuando al menos sería

necesaria la presencia de tres, dado lo establecido en la escritura de constitución de la sociedad —artículo 30—, y sin que, por otra parte, pueda alegarse para la efectividad de la decisión tomada por el único asistente, su carácter de presidente y las facultades que como a tal confiere el artículo 38 de los Estatutos en *circunstancias especiales* —que en efecto las había—, pues no cabe duda que al haber actuado dentro de la esfera del Consejo de Administración, y como acuerdo de éste, el acto ha de quedar sometido al examen y calificación de los funcionarios competentes”;

“Considerando que la segunda reunión del Consejo que ratificó los acuerdos adoptados en el primero, reúne ya el “quorum” de asistencia legalmente exigido, y para la nota calificatoria, la nulidad radical —o inexistente de sus acuerdos— se vincula sustancialmente a la circunstancia fáctica, que denuncia el propio Registro, de “no estar vigente el nombramiento” del mínimo de consejeros preciso para constituir el Consejo, toda vez que, conforme al artículo 34, dos de ellos —determinados por votación la primera vez— debieron ser objeto de renovación, pues su nombramiento “caducó a los dos años de su designación”, y nada consta se hiciera en aquel sentido”;

“Considerando, pues, que el problema se sitúa por el Registrador en el terreno de la actuación de un Consejo de Administración con una mitad de cargos no renovados, en Sociedad Anónima de reducido número de accionistas, lo que prácticamente se reduce a un mandato prorrogado de hecho de unos cargos de administradores, cuyo cese o caducidad no podía ser automático, ya que la fijación de las personas afectadas dependía de votación en Junta general —artículo 34 de los Estatutos—, y en este sentido se pronunció ya la Resolución de 24 de junio de 1968, en un caso en que en causa igual, comprometía acuerdos de mucha mayor trascendencia —modificación de Estatutos, aumento de capital, etc.—, que no la simple revocación de delegación de facultades a favor de un socio que no acude a las dos convocatorias, y después de escuchar particular asesoramiento técnico administrativo o contable”;

“Considerando que en cuanto al tercero de los defectos se plantea la cuestión de si en la escritura calificada, en la que se revoca la delegación de facultades a un consejero con atribución de dicha delegación a otro, cabe sup'ir la fe del secretario del Consejo en relación al obligatorio libro de actas, en donde debe constar el acuerdo a que se refiere el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y 33 del Código de Comercio, por el acto de presencia autorizada por el notario requerido al efecto, que aparece transcrita en la mencionada escritura, cuestión a la que hay que responder afirmativamente, pues independientemente de la obligatoriedad por parte de la sociedad de llevar los libros que legalmente se le imponen, la prueba de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración puede también llevarse a efecto por el procedimiento requerido que ofrece las máximas garantías al estar amparado por la fe pública notarial, y en el que aparecen reflejados los antecedentes, la discusión y votación final con dación de fe por parte del notario de conocer a todos los asistentes al debate del Consejo, y sin que sea un obstáculo el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, que aparte de referirse a otros supuestos —acuerdos de la Junta ge-

neral y nombramiento de administradores— tampoco lo rechaza e incluso lo permite en su párrafo 3.º”;

“Considerando que, respecto al cuarto defecto, sobre traslado de domicilio social, el mismo ha sido consentido por el recurrente, toda vez que no opone al mismo ningún reparo”;

“Considerando, por último, que no cabe estimar, en ningún caso, la nulidad de la nota, aparte de que la posible omisión reglamentaria de comunicar a los cotitulares la calificación realizada, que ordena el artículo 485 c) del Reglamento Hipotecario, aparece salvada por la ratificación de la totalidad de los funcionarios en el escrito de defensa.”

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador en los tres defectos objeto del debate.”

Consideraciones críticas.—En esta resolución se juega con una serie de conceptos de muy difícil precisión en relación con los hechos relatados. Dentro de la postura registral se acude a una calificación inexorable hablando de “inexistencia” y “nulidad radical” —cosas que jurídicamente tienen linderos delimitativos— sacando la conclusión de que los actos referidos no son ganables ni por confirmación ni por prescripción. La parte contraria que, a través del fallo lleva a buen puerto su tesis, expone la posibilidad de que se admita una ratificación y que los defectos sean estimados como subsanables. De otra parte los hechos de esta resolución vienen a plantear de nuevo esa situación que uno creía aislada y que coincidía con algo de lo que decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971. Pero está visto que hay que dar por sentado aquella afirmación que hizo un Registrador en defensa de su nota al filo de la Resolución de 13 de marzo de 1974: “Los razonamientos de la citada Sentencia descansan en una base falsa: la imposibilidad de existencia y subsistencia de una sociedad sin administradores, cuando evidentemente, el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas es permisivo de tal situación, siendo perfectamente constatable el gran número de sociedades anónimas que funcionan con administradores caducados, fallidos o dimitidos e incluso hacen su vida normal mediante poderes conferidos a gerentes o apoderados...”

Quizá esas sean las dos cuestiones fundamentales que el recurso plantea y la resolución soluciona, íntimamente ligadas ambas, pues lo que ha dado en llamarse “funcionarios de hecho” penetra en la esencia del problema de tal forma que va a decidir la solución. Pero como al lado de ello la nota registral destaca la existencia de dos defectos más, uno admitido por los recurrentes, y otro revocado por la Dirección, se hace preciso que a todos ellos nos refiramos con la brevedad que exigen estas notas. Agrupamos los dos primeros problemas para destacarlos en la misma línea que los restantes.

A) *Inexistencia, nulidad, ratificación y situación de hecho*

Es claro que a la hora de concretar en una nota calificadora el resumen justificativo de una negativa no pueda hablarse simultáneamente de “inexistencia” y “nulidad absoluta”, pues si ambas se pueden identificar en sus efectos, conceptualmente, con pureza metodológica, una cosa es la “inexistencia” y otra la “nulidad absoluta”. La primera se caracteriza porque en la

formación del acto falta o es deficiente un elemento esencial del mismo y la segunda se funda en la celebración del acto violando un mandato o prohibición legal. Hay base legal para defender esta diferenciación, pues mientras la primera manifestación patológica del negocio se refleja en el artículo 1.261 del C. c., la segunda tiene —o tenía— su refugio en el artículo 4 del mismo cuerpo legal.

Inicialmente, por tanto, estamos un poco en contra de la calificación registral, porque el manejo de esta terminología en momentos tan decisivos tiene que ser muy precisa, casi tan precisa como la frase de Ortega y Gasset al decir que cuando alguien quiere responder, puede optar por tres cauces: "precisar, hacer literatura o callarse". El manejo de los dos conceptos se utiliza sucesiva y simultáneamente, lo cual deja sin apoyo jurídico suficiente para un intento defensivo de la nota. La introducción inicial de la nota arrancando de la "inexistencia" pudo perfectamente complementarse en el segundo defecto sacando la consecuencia de la falta de efectos, pero se produjo el hecho insólito de que a la "inexistencia" se le agregó el concepto de la "nulidad radical", lo cual le hizo perder la fuerza de los conceptos apuntados.

Creo que en la solución del problema juegan dos actos fundamentales celebrados sucesivamente los días 11 de octubre de 1973 y 8 de noviembre del mismo año y además la interpretación que la Dirección da a la concurrencia de consejeros. Resulta auténticamente claro que si no se parte de una base posible de "anulabilidad", se hace difícil poder esgrimir el concepto de "confirmación o ratificación" de que hace gala la Resolución comentada. Es necesario precisar que la Dirección General sale al paso de la inexistencia y de la nulidad y se pronuncia por una situación intermedia en la que va a jugar el concepto de confirmación o ratificación de los acuerdos realizados.

La Dirección General reconoce que en la primera reunión no había el "quorum" preciso para tomar acuerdos, todo ello sobre la base del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exige "la mitad más uno de sus componentes" para la constitución válida del Consejo de Administración. Ello supuso aceptar el hecho demostrado de que en esa primera reunión, entre presentes y representados, sólo asistieron dos de los miembros, cuando al menos sería necesaria la presencia de tres, dado lo establecido en la escritura de la sociedad en su artículo 30. Ello lleva consigo la aceptación de que el acto estaba viciado o falto de requisitos legales, pero en vez de inclinarse por el drástico defecto de la nulidad o inexistencia, parece —aunque no lo diga— que la Dirección se decide por la idea de la anulabilidad, ya que habla de una "confirmación" o "ratificación" de acuerdos, aunque ello suponga la discusión ulterior de la vigencia de nombramientos del mínimo de consejeros preciso para constituir el Consejo. La aceptación de la idea de anulabilidad es inducida, pues la Dirección no se pronuncia en un sentido o en otro, pero de la normativa general parece así deducirse: sólo son confirmables los contratos anulables (artículo 1.310 del C. c.).

La problemática, sin embargo, se relaciona con los consejeros existentes y cuyo cargo esté vigente. El Consejo de Administración actúa con una mitad de cargos no renovados sin que se sepa cuáles son los que habrán de serlo, pues la renovación queda supeditada al sistema de "votación", conforme

dispone el artículo 34 de los Estatutos. Es decir, no puede admitirse que todos los nombrados lo fueran inicialmente por "cuatro años" y había que designar a los dos años los que habían de continuar y los que era preciso o confirmar o renovar. No es la inexistencia o la nulidad basada en la falta de concurrencia de consejeros la que debió ser atacada por el Registrador, sino la indeterminación de los consejeros cuyo cargo estaba caducado o vigente lo que debió atacarse. Es claro, por ello, que la llamada ratificación posterior, con el "quorum" exigido por la Ley y los estatutos, no lo es tal, pues se sigue en la misma indeterminación de los cargos que están vigentes al ser renovables dos de ellos. Esto es, ni el primitivo acuerdo, realizado sin "quorum" legal, ni la ratificación posterior, realizada sin determinación de los cargos de consejeros vigentes, debió nunca ser admitida. Todo y a pesar de las Resoluciones de la Dirección General de 24 de junio de 1968 (que se refería a un supuesto distinto) y 24 de mayo de 1974 (comentada por mí en este mismo ANUARIO DE DERECHO CIVIL), que tratan de llevar a la práctica real esa serie de opiniones doctrinales de La Cámara y Núñez Lagos, sobre la continuidad del poder de la empresa y la admisión de "administradores de hecho".

Realmente parece presentarse como acuciante la reforma legal ante la limitación de años de vigencia de los administradores, pues con ser una medida que parecía favorecer a las minorías sociales, es lo cierto que al no llevarse a la práctica, va forzando situaciones de hecho contrarias a la ley y a las disposiciones estatutarias que no puede ir en contra de lo dispuesto en ella. Suprimanse renovaciones parciales, háganse los cargos de consejeros indefinidos, fuércese el cómputo mercantil de años pensando que cada dos Juntas de presencia pueden significar un año de permanencia. díctese una disposición sobre continuidad de cargos o cúmplase la Ley. Lo que no se puede admitir, aun con un sentido progresivo de disposición transitoria, es forzar disposiciones que leídas objetivamente dicen lo que tienen que decir y que no se cumplen por desidia, por olvido, por buena o mala fe, pero que están ahí obligando y, sin embargo, no obligan.

B) *El libro de actas, el testimonio y el acta de presencia*

Conforme a lo que dispone el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil —y creo que en un alarde de facilitación de mecánica registral—, la escritura pública en la que se refleje el nombramiento de administradores permite que la aceptación del cargo se refleje mediante el "testimonio" notarial del acta de la Junta o "certificación" del acta de la Junta, pero no creo que impida que dicho nombramiento recogido en la escritura pública correspondiente pueda ser reflejado mediante un acta directa del notario, cuya copia se incorpore a la citada escritura.

En esto creo que hubo exceso por parte del funcionario calificador, pues el que el artículo 108 del Reglamento Mercantil "permita" (dice "podrá") no impide que los demás medios fehacientes —y concretamente la actuación directa de notario mediante acta de presencia— puedan ser también medios hábiles. La discusión creo que no ofrece duda y así lo pone de relieve la Dirección, aunque no acierte a matizar plenamente esta intervención, pues

alega como último argumento el párrafo 3 del artículo 108 del Reglamento Mercantil, cuando el supuesto es totalmente distinto. Es decir, el artículo 108 del Reglamento arbitra una serie de supuestos en los que se admite el "testimonio" que antes hemos apuntado, la "certificación" del acta por el secretario y la escritura pública. Pero escritura pública y acta de presencia no son lo mismo. Ambas son diversas clases de "instrumentos públicos", pero no de "escrituras", lo que sucede es que la "escritura pública" a la cual se incorpore la copia de una acta de presencia puede tener y de derecho tiene la misma fuerza que el testimonio o la "certificación". Lo que sería otro caso es el ver si a través de ese acta lo que se ha pretendido es incumplir la obligación legal de los artículos 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y 33 del Código de comercio, en orden a la llevanza del obligatorio libro de actas.

C) *Cambio de domicilio*

Es defecto que no se impugna y que la Resolución confirma. No podía ser menos. El cambio de domicilio es facultad de la Junta general, pero nunca del Consejo de Administración. La íntima relación que tiene el artículo 11 al exigir en los estatutos sociales la determinación del domicilio, con el 84 que establece los requisitos de modificación de los mismos, decide sin más argumentos la confirmación del defecto.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO SEGUN LA LEY DEL LUGAR, NO INSCRITO. ACATOLICIDAD DE LOS CONTRAYENTES.

(Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1974)

El día 5 de marzo de 1964, en la ciudad de Gibraltar, ante el Registrador de matrimonio Cecil Joseph Wheeler, con arreglo a la forma local, contrajeron matrimonio civil el súbdito español, Pablo González del Amo, nacido en Madrid el día 7 de febrero de 1927, de profesión técnico de cine, con la súbdita inglesa Carol Anne Plant, nacida en Werlinghan-Surrey (Inglaterra), el día 17 de septiembre de 1939, de religión protestante. Del matrimonio nacieron dos hijos.

El territorio de Gibraltar carece de representación consular, y por certificación del Registro Civil de la Línea de la Concepción, de 12 de junio de 1971, queda acreditado que el matrimonio no figura inscrito en la sección especial de dicho Registro. Asimismo no figura en el Registro General, ni consta que se haya incoado el expediente oportuno para su inscripción.

Don Pablo González del Amo dedujo demanda contra doña Carol Anne Plant y el Ministerio Fiscal, sobre separación de matrimonio civil. Alegó, entre otras cosas, conducta desordenada de la demandada e injurias graves.

Se opuso a la demanda el Ministerio Fiscal y en vía reconvenicional pidió se declarase nulo dicho matrimonio por no estar acreditada la acatolicidad de los contrayentes, presupuesto de validez para el matrimonio civil según el Código Civil.

Igualmente se opuso a la demanda doña Carol Anne Plant y reconvino pidiendo se decretase la separación de los cónyuges, declarando el marido culpable de malos tratos de obra para con la demandada.

El actor, en contestación a las reconvencciones declaró que se le tenga por no opuesto con carácter subsidiario al pedimento de nulidad promovido por el Ministerio Fiscal; en cuanto a la reconvencción de la demandada se opuso a la alegación de las supuestas sevicias físicas o morales.

El Juez de Primera Instancia (núm. 24), de Madrid, dictó sentencia con fecha de 17 de diciembre de 1972, desestimando la reconvencción del Ministerio Fiscal, y estimando en parte la demanda y la reconvencción interpuesta por la demandada decretó la separación de los cónyuges.

Apelada la sentencia por el Ministerio Fiscal, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia con fecha de 4 de octubre de 1973, confirmando la del Juzgado.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley. Articulado en tres motivos, dicho recurso contiene sustancialmente las siguientes alegaciones:

A) Error de hecho según resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador. A los fines de este motivo debe valorarse el contenido de dos documentos. Uno es la certificación de la inscripción del matrimonio celebrado en la ciudad de Gibraltar, en la Oficina del Registrador de Matrimonios, Cecil Joseph Wheeler. El otro, la certificación del Registro Civil de la Línea de la Concepción, en la que puede observarse que no figura inscrito en la sección especial de dicho Registro el matrimonio de que se trata.

B) Interpretación errónea de los artículos 73 de la Ley del Registro Civil, 249 del Reglamento del Registro Civil en relación con el artículo 101, número 4, del Código Civil: "Si bien los españoles pueden celebrar matrimonio civil con arreglo a la forma de un sistema extranjero, incluso sin acreditar su acatolicidad, no cabe declarar sin más la nulidad del matrimonio; pero tampoco se presume válido, sino que queda en una situación interina que será despejada de dos modos: si la acatolicidad de los contrayentes se prueba «a posteriori» y el matrimonio se inscribe en el Registro será válido; en caso contrario será nulo".

C) Infracción por violación del párrafo tercero del artículo 42 y del último párrafo del artículo 86, en relación con los artículos 4 y 9, todos del Código Civil. "Siendo la acatolicidad un requisito de fondo en cuanto elemento de capacidad y no un presupuesto formal, si no se justifica la condición de acatolicidad faltará algo tan esencial que contaminará de ineficacia al acto. A estos efectos son irrelevantes las manifestaciones de acatolicidad hechas en los respectivos escritos de demanda y contestación que no fueron objeto de prueba".

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, siendo ponente don Mariano Jimeno Fernández.

"CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal por el cauce número 7.º del artículo 1.692, de la L. E. Civil, aduciendo un error de hecho, es rechazable, porque el tema que plantea no es otro que el de la inexistencia de prueba de acatolicidad de los contrayentes, cuyo extremo manifiesta no se desprende de la certificación de la inscripción del matrimonio en la Oficina del Registro de aquéllos en Gibraltar y demás que se acompaña a la demanda, lo que no ha sido negado ni desconocido por la sentencia recurrida, que fundamenta su resolución en la interpretación de determinados artículos de la Ley del Registro Civil y su Reglamento, de los que se desprende la posibilidad de la validez del matrimonio civil celebrado con arreglo a la legislación del lugar ante la autoridad local interviniente, en relación con determinadas manifestaciones hechas en los escritos de las partes, las que carecen de carácter de auténticos a los efectos de apoyar un error de hecho en casación, y la discusión de tal

interpretación, no es propia del cauce legal de este motivo, sino en todo caso del número 1.º del propio artículo 1.692 de la misma Ley.”

“CONSIDERANDO: Que bajo los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, ambos formulados por el cauce del número 1.º, del artículo 1.692, de la L. E. Civ., se acusa en el primero de ellos la interpretación errónea de los artículos 73 de la Ley del Registro Civil, y 249 de su Reglamento, en que se apoya la sentencia recurrida, en relación con el núm. 4.º, del artículo 101, del C. civ.; y en el tercero, la violación del párrafo 3.º, del artículo 42, y último del artículo 86, del C. civil, en relación con el 4 y 9 del mismo cuerpo legal, igualmente violados, motivos que han de estimarse, pues si bien la legislación vigente del Registro Civil y concretamente el artículo 73 de la Ley, viene a reconocer la posibilidad de la validez de los matrimonios civiles celebrados por españoles en el extranjero conforme a la legislación del lugar, sentido en que debe entenderse modificada la dicción del número 4. del artículo 101, del C. civ., que en el caso presente resultaría reforzada por la situación especial del territorio de Gibraltar, carente de representación consular española; sin embargo, para el reconocimiento de la validez de aquél y eficacia en España, se exige la prueba de la acatolicidad de los contrayentes, lo que debe verificarse y acreditarse con anterioridad a aquel acto, y cuando no resulte se haya llevado a cabo, con posterioridad al mismo, a través del expediente que para su transcripción en el Registro Civil español haya de instruirse con arreglo al citado precepto de la Ley del Registro Civil y concordante artículo 249 de su Reglamento, requisito el de la inscripción, previa la oportuna prueba de acatolicidad, necesario para que pueda reconocérsele al matrimonio celebrado en aquellas circunstancias plena eficacia en España, y como en el caso de autos la propia sentencia recurrida señala, con cita incluso de los correspondientes folios, sólo constan unas manifestaciones de acatolicidad hechas en la demanda por la representación del actor, no reconocidas por la representación de la otra parte, que manifiesta en su contestación a la demanda, ignorar la religión que profesa aquél, afirmando por su parte que su representada es protestante, manifestaciones no ratificadas por las propias partes personalmente durante el período probatorio, ni complementadas con ningún otro medio de prueba, que ni siquiera se ha intentado, son manifestaciones insuficientes para acreditar aquellos extremos, por lo que resulta evidente que la existencia de aquel acto o matrimonio civil celebrado en Gibraltar ante la Autoridad local con arreglo a la legislación inglesa, no puede reconocérsele validez ni eficacia en España, por faltarle la prueba de la acatolicidad de los contrayentes en la fecha de celebrarse el matrimonio civil atendida la nacionalidad española del demandante, lo que lleva consigo la nulidad del acto conforme al artículo 4 y 9 del C. civ. vigente en la fecha de la celebración del matrimonio, preceptos que se invocan como infringidos en el motivo tercero del recurso juntamente con el párrafo 3.º del artículo 42 del propio cuerpo legal, que exige para que pueda autorizarse la celebración del matrimonio civil la probanza de que ninguno de los contrayentes profesan la religión católica, incumbiendo la prueba de dichos extremos a los propios contrayentes conforme al párrafo último del artículo 86 del mismo Código y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, procede a su casación

acordando la nulidad e ineficacia del matrimonio civil a que el presente proceso se refiere, sin hacer expresa imposición de costas del recurso.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Distingue Díez Picazo una jurisprudencia inmovilista o, por lo menos, conservadora, frente a una jurisprudencia dinámica, progresiva o evolutiva. Señala como ejemplo de la primera la relativa al Derecho de familia y dentro de él, muy en especial, las peticiones de nulidad de matrimonios civiles contraídos por nacionales españoles de religión católica (1).

2. Cronológicamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1974 se sitúa entre las Sentencias de 20 de abril de 1974 y 11 de marzo de 1975. Según afirmación, contenida en un considerando, de la Sentencia de 11 de marzo de 1975, ella, y la de 20 de abril de 1974 sientan doctrina al efecto de sustituir el anterior criterio —favorable a la nulidad— mantenido por el Tribunal Supremo en orden a la validez de los matrimonios civiles contraídos por católicos.

3. El diario "YA", con fecha de 3 de febrero de 1976, en su sección "Tribunales", recoge las sentencias recientemente dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4, de Madrid, y por la Audiencia Territorial de Madrid en las que se considera fraudulento el intento de obtener una declaración de nulidad basada en el hecho de haber infringido el ordenamiento civil español al contraer matrimonio civil en el extranjero, estando obligado —según el demandante— a la forma canónica.

4. La Sentencia de 4 de octubre de 1974 presenta la peculiaridad de que la petición de nulidad originariamente no proviene de ninguno de los contrayentes. Únicamente el demandante se suma, en la contestación a las reconvencciones, con carácter subsidiario a la petición del Ministerio Fiscal. Y es este último el que recurre en apelación y posteriormente en casación frente a los respectivos fallos que no conceden la nulidad del matrimonio.

5. Una vez más, y el supuesto de hecho de la sentencia así lo indica, se presentan confusamente unidas dos cuestiones técnico-jurídicas que pueden influirse recíprocamente, tergiversando así la solución que cada una merecería por separado. Nos referimos al matrimonio contraído en país extranjero según la forma del lugar y a la acatolicidad como presupuesto de validez del matrimonio civil. Señala, en este sentido, Lalaguna la estrecha relación existente entre el sistema matrimonial que un país adopte y la consideración que para el mismo merecía el matrimonio de sus súbditos celebrado en el extranjero según la ley del lugar (2).

(1) Díez, PICAZO, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tomo I. Madrid, 1966, pág. 29.

(2) LALAGUNA, Enrique, *Estudios de Derecho matrimonial*. Madrid, 1962, páginas 15 y ss.

II. LA LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1870 Y EL MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

Para el sistema de matrimonio civil obligatorio instaurado en la Ley de 16 de julio de 1870 “el matrimonio contraído en el extranjero, será válido en España, siempre que se hayan observado en su celebración las leyes establecidas en el país en que tuvo efecto para regular la forma externa de aquel contrato, y los contrayentes tuviesen aptitud para celebrar con arreglo a las leyes españolas” (art. 41).

Además, “los matrimonios celebrados en el extranjero por dos españoles o por un español que quiera conservar su nacionalidad y un extranjero, habrán de inscribirse en los quince días siguientes a su celebración en el Registro Civil del agente diplomático o consular español del lugar en que el acto se hubiese efectuado, y no haciéndolo, en el del más próximo” (artículo 42).

A su vez, el artículo 70 de la Ley Provisional del Registro Civil, de 17 de junio de 1870, establece que “el matrimonio contraído por españoles, o por un español y un extranjero con sujeción a las leyes vigentes en el país donde se celebre, deberá ser inscrito en el Registro del Agente diplomático de España en el mismo país, quien remitirá copia de la inscripción que haya a la Dirección General, para la inscripción en su Registro, o para remitirlo al Juez municipal correspondiente, según que el contrayente o contrayentes españoles tengan o no domicilio conocido en España”.

III. EL PROYECTO DE TEXTO ARTICULADO DEL LIBRO I DEL CODIGO CIVIL DE 24 DE ABRIL DE 1882 Y EL MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

Con carácter positivo explícito, en España nunca ha regido un sistema de matrimonio civil electivo o facultativo. Únicamente con carácter de proyecto puede entenderse recogido en las bases para el Código civil presentado por Alonso Martínez a 23 de octubre de 1881 y en el Proyecto de 1882.

La Base 3.^a del Proyecto de 1881 en su tercer apartado establecía: “Será válido el matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviere lugar la celebración. Este matrimonio no producirá, sin embargo, efectos civiles en España, si no hubiere sido contraído en conformidad con la ley española en cuanto a la capacidad civil de los contrayentes, a su estado, y a todo lo demás que no se refiera a la forma externa del acto.

Ningún matrimonio, cualquiera que sea la forma en que se hubiese celebrado, producirá efectos civiles sino desde la fecha de su inscripción en el Registro Civil”.

El artículo 30 del Proyecto de texto articulado del Libro I del C. C. establecía: “Son válidos: 3.º) El contraído en país extranjero, siendo españoles ambos contrayentes o alguno de ellos, en la forma establecida donde tuviere lugar su celebración. Este matrimonio no producirá efectos civiles en España

si se hubieren infringido las disposiciones de la legislación española relativas a la capacidad civil y a los impedimentos dirimentes”.

Las exigencias registrales del Proyecto se expresan con carácter general para cualquier hipótesis matrimonial en el artículo 37 del mismo: “El matrimonio produce efectos desde el día de su celebración, si en éste o dentro del plazo de un año se inscribe en el Registro Civil. Si transcurriese el año sin llenar este requisito, sólo producirá efectos desde el día de su inscripción”.

Aunque estas disposiciones no alcanzaron sino el valor de un Proyecto, sin embargo, es de pensar que su pretensión normativa aspiraba a engarzarse con la Ley del Registro Civil de 1870, en concreto con el artículo 70 que antes hemos analizado.

IV. EL MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO TRAS LA APARICION DEL CODIGO CIVIL

“El Código civil, más cerca del Proyecto de 1885 que de los de 1881-1882, incorpora a nuestro Derecho, un sistema de matrimonio civil subsidiario, sin establecer un régimen concreto para la cuestión de que se trata” (3).

A) El artículo 70 de la Ley Provisional del Registro Civil de 1870.

El artículo 332 del Código civil dejaba vigente la Ley de 17 de junio de 1870 y con ella su artículo 70. Este precepto dictado para la forma civil obligatoria vigente en España por la ley del matrimonio civil no significaba sino la admisión en el Registro de los matrimonios celebrados en el extranjero con sujeción al estatuto formal del país en cuestión. De ahí que “los españoles católicos que casaban civilmente en país de forma matrimonial civil, exclusiva o concurrente, podían inscribir su unión en el Registro consular y a su través, en el de la Dirección General o en el de su domicilio; ello, contra lo dispuesto en la Orden de 27 de febrero de 1875, que ordenaba a los Jueces municipales autorizasen únicamente los matrimonios de aquellos que ostensiblemente manifestasen no pertenecer a la Iglesia Católica” (4).

Continúa Sancho Rebullida, “tal precepto (la Orden de 27 de febrero de 1875) es incompatible con el artículo 70 de la Ley, y debemos considerar que materialmente (en el orden formal es inferior en la jerarquía de fuentes) lo deroga; pero como ello es de una manera implícita—seguramente por no haberse planteado el legislador el problema—, quedó como laguna legal la solución del problema en cuanto a los matrimonios de españoles católicos celebrados en país de forma matrimonial civil. Tal diferencia puede considerarse salvada en el Código civil por el último párrafo del artículo 100” (5).

B) El párrafo tercero del artículo 100 del C. civil.

Al establecer que “los Cónsules y Vicecónsules ejercerán las funciones de Jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero” planteó un problema de interpretación. Como señala Díez Picazo se trataba de dilucidar si los españoles en el extranjero *podían* contraer matri-

(3) LALAGUNA, Enrique, *Ob. cit.*, pág. 104.

(4) SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*. Madrid, 1955, pág. 266.

(5) SANCHO REBULLIDA, F. de Asís, *Ob. cit.*, págs. 266-267.

monio civil ante las autoridades consulares, cuando su estatuto personal les permitía, o *tenían* necesariamente que hacerlo así, por considerarse la forma prescrita como de orden público (6). En este último sentido entendieron las cosas las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1919, 26 de abril de 1929 y 14 de noviembre de 1963. Por el contrario, la Sentencia de 9 de febrero de 1934—el contexto político y legal es muy otro como fácilmente se nos alcanza— admitió una interpretación flexible del precepto y con ella la celebración de un matrimonio civil por un nacional según la ley extranjera y ante el funcionario local. De cualquier forma la cuestión permanecía abierta y necesitaba de un criterio claro.

C) El artículo 73 de la nueva Ley de R. Civil, de 8 de junio de 1957.

Este precepto aludirá expresamente al matrimonio que “se contrayera en país extranjero con arreglo a la forma del país”. A su vez, el artículo 249 del Reglamento para la ejecución de la nueva ley, con fecha de 14 de noviembre de 1958, desarrolla reglamentariamente esta posibilidad.

Como dice la Resolución de la D. G. R. y N. de 14 de marzo de 1967, “el artículo 73, L. R. c. admite explícitamente que el matrimonio se contraiga en país extranjero con arreglo a la forma del país, con lo que ha de estimarse superada la interpretación contraria que arrancaba del último párrafo del artículo 100 C. c.; es decir, que debe admitirse hoy, con relación al matrimonio civil, el criterio general “*locus regit actum*” en materia de forma, que proclama el artículo 11 del mismo Código”. En igual sentido la resolución de 27 de junio de 1969.

Hoy, como en 1870, es perfectamente posible según el ordenamiento civil el matrimonio civil de los nacionales según la ley extranjera y ante el funcionario extranjero. ¿En qué puede radicar la diferencia de régimen? En lo siguiente: en 1870 la posibilidad aludida era contemplada desde y para un sistema de matrimonio civil obligatorio; hoy el mismo supuesto, aunque admitido, es tratado desde un sistema matrimonial, por lo menos formalmente, de matrimonio civil subsidiario si bien—de hecho, y en mi opinión, prácticamente facultativo. Con ello cambia sustancialmente el juego de la ley personal del súbdito español subsistente en un entendimiento completo del problema junto con el restablecimiento de la regla “*locus regit actum*”.

En el planteamiento del problema, lo anteriormente visto tendrá una doble consecuencia. En primer lugar la presencia, con la intensidad que sea, de la acatolicidad como presupuesto de validez del matrimonio civil y la necesidad de prueba de tal extremo, como se desprende de los artículos 42 y 86 del Código civil. En segundo lugar, un trato registral especial. Así como para la Ley de 1870 el matrimonio celebrado en el extranjero según la ley del lugar era inscribible, hoy, al entrar en juego un factor que requiere averiguación, por no constar en el Registro Civil—la acatolicidad—la inscripción “sólo procederá en virtud de expediente” (art. 73. L. R. C.).

Por ello se explica que con fecha de 7 de julio de 1971 la D. G. R. N. publicase una Instrucción sobre matrimonios civiles de españoles en el ex-

(6) DÍEZ PICAZO, LUIS, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tomo II. Madrid, 1969, págs. 306-307.

tranjero. Distingue dicha instrucción la *autorización* de matrimonios civiles por los Cónsules y Vicecónsules de la *inscripción* de matrimonios civiles contraídos en país extranjero con arreglo a la forma del país. En su encabezamiento la Instrucción nos dice que la D. G. R. N. "ha acordado hacer las declaraciones siguientes en orden a los matrimonios civiles en relación con la acatolicidad de los contrayentes".

Podemos concluir que la admisión de la celebración extranjera no es indiscriminada (es decir, sujeta a principios universalmente aceptados: libertad, etcétera), sino discriminada (introduciendo en la ley personal aplicable al súbdito nacional un ingrediente singular: la acatolicidad). Por ello, junto a una admisibilidad genérica del supuesto se requiere una aceptación específica y concreta. Esto último se consigue a través de un medio: el *expediente*.

V. LA FALTA DE EXPEDIENTE Y LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO

"Cuando lo que se trata de lograr es la transcripción en el registro civil español de un matrimonio civil ya celebrado por españoles en el extranjero es preceptivo tramitar el expediente previsto en el artículo 73 de la Ley del Registro Civil y desarrollado en el artículo 249 del Reglamento del Registro Civil" (R. 14 de marzo de 1967).

Como dice la citada resolución, este precepto impide el fraude a la ley, pues "equivale a subordinar la eficacia en España de los matrimonios civiles contraídos por españoles acatólicos en el extranjero con arreglo a la "lex loci" a que se justifique el cumplimiento previo de los requisitos de fondo exigidos por la legislación española".

Medidas éstas—las que establece el artículo 249 del Reglamento del Registro Civil—que "no pueden estimarse de imposible cumplimiento, pues no es la prueba de la acatolicidad en este caso, sino la acatolicidad misma—lo mismo que la libertad—, lo que constituye requisito previo para la celebración del matrimonio civil, de modo que esas medidas probatorias pueden cumplirse "a posteriori". (R. 14 de marzo de 1967).

Luego lo que afecta a la validez del matrimonio celebrado—como muy bien señala la resolución—es la capacidad del español o españoles según la ley nacional española y no la tramitación del expediente. Si la existencia de éste fuese relevante el matrimonio celebrado en el extranjero nunca sería válido. Tampoco señala la ley un plazo dentro del cual debe incoarse dicho expediente, y aún señalándolo—en hipótesis—el vencimiento del mismo nunca afectaría al matrimonio mismo. Únicamente impediría—como ocurre con la propia inscripción para la cual éste es camino—el perjuicio de terceros que no tienen por qué contar en sus previsiones con un matrimonio no dotado de publicidad. Es decir, lo que en cualquier momento puede acreditarse—en línea de principio—no puede convertirse en razón de nulidad por el hecho de no haberse acreditado.

Este parece ser el criterio del Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de junio de 1947. Recuerda esta sentencia en uno de sus considerandos que la "Orden de 8 de marzo de 1939, en su apartado segundo, declara nulas las

actas originadas por matrimonios realizados durante la época roja, en las que no se acredite la libertad de los contrayentes, pero agregando que éstos se convalidarán una vez suplido el defecto, con efectos jurídicos desde que tuvo lugar su celebración, lo que demuestra que la falta de diligencias a tal fin encaminadas no puede determinar una declaración de inexistencia del matrimonio, ya que tal omisión *puede ser subsanada*".

El considerando anterior afirma: "es manifiesta la procedencia de la casación de la sentencia porque al fundar la Audiencia la declaración de inexistencia del matrimonio civil en la falta del referido expediente matrimonial, infringe el artículo 101 del C. c., en su número 4", habida cuenta que "para nada alude—dicho artículo en el referido número— a la omisión de las formalidades previas a la celebración del matrimonio".

VI. LA ACATOLICIDAD EN EL EXPEDIENTE DE INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO SEGUN LA "LEX LOCI"

La acatolicidad como presupuesto de matrimonio civil ha sufrido una notable evolución a partir de la aparición de la Ley de Libertad Religiosa y de la posterior reforma del Reglamento del Registro Civil del año 1969. La Instrucción de la D. G. R. N. de 7 de julio matiza—para el supuesto que nos ocupa—el alcance del requisito en los siguientes términos. "La inscripción sólo procederá en virtud de expediente en el que se acreditará debidamente, entre otros requisitos, "que ambos contrayentes no profesaban la religión católica". En este supuesto no puede, en principio, ser suficiente por sí sola la simple ulterior declaración de los contrayentes, de que la profesaban o no, pues si bien esta declaración es decisiva para revelar una actitud religiosa de presente, no basta, en cambio, para probar la actitud religiosa que se tenía en tiempo pasado, cuando la celebración del matrimonio. Así, pues, la declaración de los contrayentes, que debe ser referida al tiempo de tal celebración, ha de ser contrastada, con otros elementos de prueba (certificación acreditativa de estar entonces adscrito a otra confesión religiosa expedida por ministro competente o representante autorizado de la respectiva asociación confesional, declaraciones de terceras personas sobre *actitud* religiosa que entonces tenía el contrayente, etc.), y entre ellos —y aunque por sí sola insuficiente—el mismo hecho de haber contraído matrimonio civil".

En otro lugar me he ocupado del alcance actual de la acatolicidad como presupuesto del matrimonio civil (7). Me limitaré ahora a transcribir la opinión, a mi juicio acertada de Albadalejo y de Díez del Corral. Para el primero, "es claro que prácticamente queda en manos de cualquiera casarse civilmente... de modo que nuestro sistema matrimonial, de hecho, viene a ser electivo" (8).

(7) ARECHEDERRA, Luis, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español*. A. D. C. 1972. Tomo XXV. Fascículo IV, págs. 1223-1224.—*La relevancia jurídica de la condición de católico en el sistema matrimonial español*. R. D. P. Noviembre 1973, págs. 913 y ss.

(8) ALBADALEJO, Manuel, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*. Barcelona, 1974, pág. 43.

Para el segundo “puede afirmarse que el Decreto de 1969 (por el que se reforman artículos del Reglamento del Registro Civil) ha supuesto un tránsito en nuestro Derecho del sistema de matrimonio civil subsidiario al sistema de matrimonio civil facultativo o de libre elección” (9).

La diferencia práctica, a mi entender, entre uno u otro sistema está en el establecimiento de una presunción y en la atribución, coherente con la anterior, de la carga de la prueba. En un sistema de matrimonio civil subsidiario la presunción es favorable a la catolicidad y se traslada la carga de la prueba al que basándose en su acatolicidad pretende contraer matrimonio civilmente. En un sistema facultativo, cuasi-facultativo, subsidiario con extraordinaria facilitación de la prueba la presunción, en forma de acto concluyente, está en favor de lo elegido y corresponde probar que profesaba (positiva y no negativamente) a aquel que alega posteriormente su catolicidad, caso de ser admitida tal presunción. En una situación como la actual—piénsese que la Sentencia de 11 de marzo de 1975 atribuye carácter retroactivo a la nueva orientación—anular un matrimonio civil por falta de prueba de la acatolicidad es llevar las cosas demasiado lejos.

Díez del Corral distingue claramente el alcance de la declaración exigida por la Resolución de 7 de julio de 1971, según sea anterior al matrimonio o posterior al mismo (caso de matrimonio civil en el extranjero según la “lex loci”). “La declaración ulterior se reduce fundamentalmente a una declaración de conocimiento o de ciencia, cuyo valor probatorio no puede ser otro que el atribuido por nuestro derecho a la confesión, tanto judicial como extrajudicial. Recuérdese que es doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo que la fuerza probatoria de la confesión no es superior a la de los demás medios de prueba y debe apreciarse en combinación con los demás” (10). En este sentido, añade: “el solo hecho de contraer matrimonio civil envuelve una presunción, casi invencible, de que los contrayentes no profesaban la religión católica” (11).

LUIS ARECHEDERRA,

Profesor Adjunto de Derecho civil

(9) DÍEZ DEL CORRAL Y RIVAS, Luis, *El matrimonio civil en España, hoy*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro. Tomo I. Madrid, 1976, págs. 573 y ss.

(10) DÍEZ DEL CORRAL Y RIVAS, Luis, *Ob. cit.*, pág. 561.

(11) DÍEZ DEL CORRAL Y RIVAS, Luis, *Ob. cit.*, pág. 561.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR LOS HECHOS DAÑOSOS DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A PATRIA POTESTAD O TUTELA.

(En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975)

El presente trabajo ha sido inicialmente motivado por el conocimiento de la *sentencia del Tribunal Supremo de 15-II-1975*, cuyo supuesto de hecho era el siguiente: El actor, juntamente con el menor demandado y otras dos personas, fue a cazar a un coto; una vez terminada la cacería, el actor se hallaba sentado en un coche, cuando llegó el menor demandado con su escopeta cargada y, al recostarla en el vehículo, se le disparó, alcanzando el disparo en el pie al actor, que reclamaba los daños y perjuicios que se le habían ocasionado.

El tutor del ocasionante de la desgracia, también demandado, alegó su falta de culpa, pues ni siquiera sabía que su pupilo había ido de caza, cosa que, por otra parte, le tenía prohibido.

El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia, condenando al menor, en cuanto autor material del hecho, y al tutor, como responsable subsidiario.

Apelada la sentencia, la Audiencia la confirma.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, en base al artículo 1.903 del Código civil, declaró la responsabilidad directa del tutor.

Esta sentencia plantea el problema de la responsabilidad civil extracontractual por los hechos dañosos de las personas sometidas a patria potestad o tutela. En mi opinión, los supuestos de responsabilidad del titular de la patria potestad o del tutor, en cuanto determinados ambos por un hecho ilícito del incapaz cuya guarda les está encomendada, son susceptibles de un tratamiento uniforme, dado que las similitudes de las dos hipótesis superan con creces a las diferencias específicas—problema del guardador de hecho, guarda encomendada a cónyuge distinto del que ejerza la patria potestad...—que entre ellas pueda haber.

Aun cuando el Código civil, en su artículo 1.903 dedique un párrafo a cada uno de los supuestos: “El padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”, el Código penal, al tratar de las personas responsables civilmente de los delitos o faltas, establece en la regla primera del artículo 20—íntimamente relacionado con el 1.903—un tratamiento uniforme para ambos supuestos, estableciendo que “En los casos 1.º, 2.º y 3.º (del art. 8.º), son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años o el sordomudo, los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal, a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.

No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil”.

Ambos artículos, a pesar de su inclusión en cuerpos legales tan distintos y como tendremos ocasión de comprobar, se complementan entre sí, constituyendo el núcleo del tipo especial de responsabilidad, cuyo estudio iniciamos.

¿Cuál es la razón de ser de la misma? Conde Pumpido lo explica claramente. Es característico de nuestra época, junto con la masificación, la promoción social de los menores (desde los dieciséis años están sometidos a la legislación laboral; el manejo de automóviles les está permitido desde los dieciocho años). Esta promoción implica, lógicamente, una mayor esfera de libertad, y, potencialmente, la causación de un más elevado número de hechos dañosos por estas personas. Por otra parte, es consustancial con la concepción clásica de la responsabilidad la subjetividad del reproche de culpabilidad, lo cual implica, como presupuesto, la imputabilidad del sujeto, o lo que es lo mismo, la inimputabilidad de los incapaces.

Ahora bien, el excluir la reparación del daño ilícito por la sola circunstancia de que su autor sea inimputable, si acorde con la lógica jurídica de la responsabilidad civil subjetiva, repugna al principio de justicia que impone que, en el conflicto de intereses entre el patrimonio del dañador, y el del dañado, no sea éste, auténticamente inocente del hecho, el sacrificado. Las soluciones posibles para resolver el problema son dos: a) que las personas no imputables queden sujetas a la reparación de los daños causados por sus actos antijurídicos, cuando la equidad aconseje no hacer soportar el perjuicio al dañado (el patrimonio no tiene edad); b) que respondan unas terceras personas imputables, a las que se supone obligadas a “un deber de cuidado o guarda del incapaz, sobre la base de una supuesta culpa “in educando” o “in vigilando”. Esta última es la alternativa adoptada por el 1.903, si bien las soluciones no son incompatibles entre sí, tal como se deduce de la regla primera del artículo 20 del Código penal.

Son precisamente los penalistas quienes han aportado datos para justificar la responsabilidad directa y principal de los guardadores, respecto de la que pudiera corresponder a menores o pupilos por los hechos ilícitos cometidos por los mismos. En efecto, distinguiendo entre causas de justificación o de exclusión de la ilicitud del acto, y causas de inculpabilidad o excluyentes de la culpabilidad de su autor, han destacado que la inimputabilidad, al pertenecer al grupo segundo de aquellas causas, si bien excluye el aspecto de la culpabilidad del acto no priva a éste, en cambio, de su carácter de ilicitud, conservación de ilicitud que implica el mantenimiento de las consecuencias jurídicas que todo acto contrario a derecho lleva consigo, tanto en lo que se refiere a la legitimidad de los actos impositivos del mismo (legítima defensa contra los actos de los inculpables) como a la necesidad de reparar el daño antijurídico causado. Es tal vez por esa razón —añade Conde Pumpido— por lo que en muchas legislaciones como en la nuestra, la obligación civil de reparar los daños causados por los inimputables con sus actos ilícitos no puede ser estudiada sin una específica referencia a las normas penales.

En mi opinión, las pautas marcadas por el magistrado gallego son absolutamente válidas para un sistema subjetivo de responsabilidad extracontractual. Siguiéndolas, hemos de estudiar, en un primer momento, la responsabilidad de los padres y tutores, y los requisitos para que la misma tenga lugar.

Ahora bien, Conde no va más allá, en sus palabras, de la responsabilidad por culpa. En consecuencia, podría dirigírsele el mismo reproche que Tucci dedica en algún momento a la doctrina italiana anterior al Código de 1942: perfecciona los elementos técnicos de análisis a su disposición, pero no cuestiona si el sistema en el que dichos elementos se integran es válido, apto para responder a las exigencias de la realidad.

Si esto hiciésemos nosotros —y lo hemos de hacer— podríamos constatar cómo la idea de culpa es insuficiente para justificar la responsabilidad del 1.903. Tal puede deducirse de la música, más que de la letra, de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Tal resulta meridianamente claro en los supuestos en que, no existiendo guardadores o siendo estos insolventes, los menores o pupilos responden igualmente, prescindiendo de su responsabilidad, puesto que no son culpables.

Esto sabido, empecemos considerando la responsabilidad de los padres o tutores.

En esta cuestión, los artículos 1.903 del Código civil y 20 del Código penal vienen a coincidir. Hemos dicho anteriormente que no se comprende bien la diversidad de tratamiento que resulta de ambas disposiciones. Si el artículo 20 contempla supuestos de responsabilidad civil respecto de hechos ilícitos que no son constitutivos de delito, por entrar en juego una serie de eximentes, ¿cuál es su razón de ser? Conde Pumpido se hace la misma pregunta, respondiéndola así: invocada la culpa “in vigilando” como fundamento de la responsabilidad, resulta superflua esa regulación en el Código penal. Como dice Antón Oneca, “si la culpa constituyese imprudencia punible, responderían los guardadores en cuanto responsables criminales y civiles a la vez, en virtud del 19 del Código penal —lo mismo sucede en el campo penal respecto de los delitos cometidos por mayores de dieciséis años. Si la culpa es meramente civil debiera haber bastado con el artículo 1.903 del Código civil.

Hasta qué punto, a decir de Conde Pumpido, es no sólo superfluo sino incluso inoperante el artículo 20 del Código penal respecto de los guardadores de menores de dieciséis años, le pone más aún de relieve la consideración de que no existe en el ámbito del procedimiento penal vía útil para exigir tal responsabilidad. En efecto, según el artículo 8-2.º del Código penal, el que, al ejecutar un acto definido como delito, fuera menor de dieciséis años, será entregado a la Jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores, y según el artículo 14 de la Ley de 13-XII-1940, sobre estos Tribunales (cfr. texto refundido de 11 de junio de 1948), las acciones civiles para la restitución de objetos, reparación de daños o indemnización de perjuicios por actos u omisiones ejecutados por un menor, cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal Tutelar sólo podrá ejercitarse por el perjudicado, en su caso, ante los Tribunales ordinarios del orden civil en la clase de juicio que proceda.

Con todo, es necesario decir que el segundo párrafo de la regla primera del artículo 20, sí aporta una precisión relevante, y trasladable al 1.903, en

virtud de una interpretación integradora, cuando establece la responsabilidad subsidiaria del menor de dieciséis años, o, cuando ménos, la imputación a su patrimonio del hecho dañoso, en las hipótesis de insolvencia o ausencia de culpa de los guardadores, y la directa, para los supuestos de inexistencia de estas personas.

El establecimiento de los dieciséis años como tope máximo de responsabilidad de los guardadores, por lo que a la responsabilidad civil derivada del delito se refiere, es, por el contrario, innecesario, ya que es suficiente con la dicción del 19, en virtud del cual "Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente", ya que el menor, al superar los dieciséis años, es mayor de edad penal, y, como tal, responsable criminalmente —aunque pueda jugar, hasta los dieciocho años, la atenuante del 9-3.º del Código penal.

Además, entre el 1.903 y el 20, por cuanto a nosotros interesa, existen pequeñas diferencias, de matiz, que es interesante referir.

Así, mientras el artículo 20 se refiere simplemente a los "hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años o el sordomudo", atribuyendo la responsabilidad a "los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal", "a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia", el artículo 1.903 refiere la responsabilidad "al padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre", respecto de "los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía", mientras que los tutores responden de "los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía". "La responsabilidad cesará—1.903 "in fine"— cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño".

De la lectura comparativa de ambos artículos resulta en primer lugar que, mientras el 20 habla de menores, locos y sordomudos (de nacimiento o desde la infancia, que carezca en absoluto de instrucción, habría que completar, en virtud del 8-3.º), el 1.903 habla sólo de menores o incapacitados. ¿Existe alguna diferencia respecto de las personas por las que se responde?: en mi opinión no, pues, el 1.903 se refiere a los incapacitados que "están bajo su autoridad"; ahora bien, ¿cuáles pueden ser éstos?, evidentemente, ni prodigios ni incapacitados; en consecuencia, sólo menores, locos o dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir, con lo cual las personas por las que se responde son exactamente las mismas, y la dicción "enajenado, menor..., o sordomudo", coincide exactamente con la de "menores o incapacitados que están bajo su autoridad".

Que respondan los que tienen a estas personas "bajo su potestad" (art. 20) es lo mismo que decir que responderá "el padre, y, por muerte o incapacidad de éste, la madre", ya que, en virtud del 154, éste es el orden de delación de la patria potestad.

El artículo 1.903 requiere que los menores o incapacitados vivan o habiten en compañía de las personas que han de responder por ellos, mientras que tal no hace el 20 del Código penal, con lo cual este último parece ser más riguroso. Ahora bien, téngase en cuenta que, en virtud del artículo 155, así como del juego de los artículos 263 y 264, padres y tutores tienen, en principio, el deber de tener en su compañía a menores y pupilos, en modo tal que cuando éstos

no vivan en su compañía por causa imputable a dichos padres o tutores, éstos, en buena lógica, han de responder con más razón de los hechos dañosos cometidos por los incapaces. Por el contrario, el deber de custodia y la responsabilidad que puede llevar aparejada cesan—tanto respecto del 20 como del 1.903— cuando, en los supuestos de residencia del menor o incapaz en Colegios, Centros médicos, establecimientos de custodia o análogos— se desplazan a terceras personas. Vemos así que la diferencia entre el 20 y el 1.903, en este punto, es más aparente que real.

Por último, mientras el 1.903 impone la carga de la prueba de la diligencia a los padres o tutores, el 20 se limita a señalar la responsabilidad de éstos “a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia”, con lo cual no existe esa imposición específica de la carga de la prueba. Conde Pumpido, en el magnífico artículo tantas veces citado, explica así la diferencia: “... sin desaparecer en el artículo 20 del Código penal el carácter presunto de la responsabilidad, no se da en él una inversión de la carga de la prueba en forma tan notoria como en el artículo 1.903. Tal se explica debido a que, mientras en el proceso civil, por imperativo del principio de la carga de la prueba formal, la actividad probatoria descansa en la aportación de las partes, esto es, constituye un acto exclusivamente de parte, la situación es completamente distinta en el proceso penal, regido por el principio de libre investigación del juez, lo que permite a éste aportar elementos de juicio sobre la existencia o inexistencia de la culpa del guardador, supliendo incluso la pasividad de éste”.

Resuelta o explicada la diferencia de dicción entre al artículo 20 del Código penal y el 1.903 del Código civil, corresponde ya afrontar el estudio de la responsabilidad de los padres o tutores, en cuanto a sus requisitos objetivos.

Por lo que se refiere a menores de dieciséis años, la situación, como hemos apuntado ya, viene a coincidir en las dos disposiciones. Respecto de los padres, responde el padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre—en virtud, como sabemos, y desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, de una culpa “in educando” o “in vigilando”—. La responsabilidad—dice Guillon— se desplaza en el mismo sentido de la patria potestad.

Un problema puede surgir, en los casos de nulidad del matrimonio o de separación legal de los cónyuges, cuando la madre, aun habiendo sido declarada culpable, tenga a su cuidado a los hijos menores de siete años: ¿“Quid iuris”, en el caso de que éstos realicen un hecho dañoso? En principio, la madre no es titular de la patria potestad, y no habría de responder, por consiguiente; ahora bien, esta solución parece poco justa, y la doctrina intenta superarla por distintas vías: a) Fundada la responsabilidad de los padres en una culpa “in vigilando”, habrá de responder civilmente de los perjuicios causados por estos menores el que los tenga a su cuidado, aunque no sea titular de la patria potestad—esta postura es difícilmente conciliable con el “numerus clausus” predicado por el 1.903, en donde sólo se refiere la responsabilidad a la madre cuando ella sea titular de la patria potestad. b) La atribución del cuidado a la madre implica, según la sentencia del T. S. de 26-IV-1963, que recuerda Guillon, una atribución de parte de las facultades y deberes que lleva consigo la patria potestad. Es decir, que quien los tiene a su cuidado ejerce de una manera limitada la patria potestad; en consecuencia, y puesto que ambos cónyuges ejercen, en mayor o menor medida ésta, ambos deberían de responder. c) Otra

solución, propuesta por León González, sería la de entender comprendidos bajo el supuesto de "incapacidad" del padre, todos aquellos supuestos en los que, de hecho, la educación y control de los hijos han sido confiados a la madre —piénsese en los supuestos en que el padre está cumpliendo el servicio militar, o trabaja en país distinto—. En este caso, respondería solamente la madre. Cualquiera de las soluciones propuestas choca, sin embargo, con el "numerus clausus" del 1.903, o la referencia específica que el 20 hace al titular de la patria potestad.

Respecto del tutor, se plantea un problema semejante con los guardadores de hecho. A decir de Conde Pumpido, esta persona, por haber asumido voluntariamente una obligación de custodia del menor, parece que habría de responder. No obstante, volvemos a chocar con la precisión en serie cerrada del 1.903. Este es argumento importante, que ha llevado al T. S. —sentencia 30-IV-69— a estimar la falta de legitimación pasiva del abueo de un menor que había producido lesiones a otro con una pedrada, aun cuando resultase claramente que dicho menor vivía en la casa y bajo la custodia del abuelo, estando ausente la madre, titular de la patria potestad. Sólo cabría accionar aquí, pero es tema distinto, en base al 1.902 del Código civil.

Por lo que se refiere a los menores de cuyos hechos se haya de responder, la cuestión varía según que se ejercite la acción en un proceso civil, o, por el contrario, se acuda a la jurisdicción penal.

Hasta los dieciséis años, ninguna cuestión; hay una uniformidad de tratamiento, respondiéndose siempre que los menores no hayan salido de la compañía del padre o tutor por motivos justificados, que eximan a éstos de responsabilidad. Algún sector de la doctrina se ha planteado la cuestión del menor independiente. Ahora bien, como precisa de Castro, al menor de vida independiente del 160 del Código civil únicamente se le considera como emancipado en lo relativo a su poder sobre un conjunto determinado de bienes, sin que dicha situación tenga que ver con la responsabilidad del 1.903. A partir de los dieciséis años la cuestión es distinta, según que el hecho cometido por el menor mayor de dieciséis años esté o no tipificado como delito.

Si fuese delito, habría de aplicarse el artículo 19, en cuya virtud el menor sería responsable directo y único.

Si, en cambio, el hecho no es constitutivo de delito, y en base al 1.903, los padres o tutores responderían hasta la mayoría de edad, salvo en los supuestos del menor emancipado.

En efecto, la emancipación, dejando a salvo ciertas limitaciones que no afectan a la responsabilidad civil, habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor —dígase lo mismo del menor que haya obtenido el beneficio de la mayor edad. En base a ello, Gullon estima que los padres no responderán de los hechos de los menores emancipados, y yo comparto su opinión. Con todo, otros tutores, como Puig Brutau y Santos Briz, opinan diversamente, alegando que la ley no distingue, y que el 317 no se extiende a las consecuencias del acto ilícito.

Carbonnier, que está en la línea de eximir de responsabilidad a los padres por los hechos de los menores emancipados, precisa que ello será así siempre que el hecho dañoso no sea consecuencia de una emancipación concedida prematuramente.

Cuestión más difícil es la siguiente. En los casos en que el hecho ilícito del menor mayor de dieciséis años sea constitutivo de delito, ¿sería posible reservarse la acción civil para hacer valer el 1.903? Para Conde Pumpido, y aun cuando parezca que del texto del 1.092 del Código civil se deriva la imperatividad de acudir sólo a las normas penales para deducir la responsabilidad civil derivada de los delitos o faltas, un examen más detenido debe llevarnos a la solución contraria; esto es, que también las normas civiles regulan los actos ilícitos penales, cuando a la jurisdicción civil se acude. Y esto por las siguientes razones:

a) Aceptada, en nuestro ordenamiento, la independencia de las jurisdicciones civil y penal, tanto en orden al pronunciamiento de fondo, como al ejercicio de acciones (la acción civil puede reservarse en el proceso penal, para ejercitarse ante el juez civil) es evidente que el juez civil tiene, al juzgar el acto ilícito, plena competencia y puede aplicar al mismo cualquier clase de norma de las que son propias de la jurisdicción que ejerce, esto es, no sólo las del Código penal, referentes a la responsabilidad civil por delito, sino también las del Código civil, referentes a la responsabilidad por actos ilícitos.

b) El delito o falta penal constituyen un subgrupo de los actos ilícitos, caracterizados por la tipicidad del hecho (T. S., sentencia de 13-XI-34), luego la norma civil que se refiere a los actos ilícitos, sin exigir sean o no típicos, es más amplia que la penal, que impone un requisito más: su tipicidad. Pero, como norma más amplia, aquélla comprende todos los actos ilícitos y puede y debe entrar en juego como supletoria, cuando la norma no pueda aplicarse por las circunstancias de hecho que excluyen su aplicación, según las reglas del principio de subsidiariedad. Si las normas del Código penal no prevén un mecanismo para exigir responsabilidad al padre o guardador legal, por la negligencia en la vigilancia del menor de veintiún años y mayor de dieciséis, cuyo cuidado legalmente les está encomendado, se hace preciso recurrir a las normas del Código civil, que sí establecen tal mecanismo, y bajo cuyo imperio cae este supuesto de hecho.

c) Resultaría anómalo y constituiría un contrasentido que al padre o guardador se le impusiera una responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores de veintiún años y mayores de dieciséis, en el supuesto más leve y discutible de que tales hechos constituyeran un mero ilícito civil y, en cambio, se les exonerase de tal responsabilidad en el caso más grave de que el hecho, amén de su ilicitud civil, constituyera, además, un ilícito penal.

No nos hallamos, pues, ante un conflicto de normas—el 19 del Código penal y el 1.903 del Código civil—, sino frente a dos regulaciones complementarias, cada una con su propio ámbito, y que pueden ser aplicadas alternativamente, según la vía y fundamento que se elija para ejercer la acción civil.

En el proceso penal, la reclamación ha de dirigirse contra el menor, en virtud del artículo 19; en el proceso civil, la reclamación se dirigirá contra el padre, madre o tutor, en virtud del 1.903. La elección de una u otra vía será un problema de oportunidad, en el que jugará como factor importante la solvencia o insolvencia del menor responsable del delito.

Esto por lo que se refiere a la responsabilidad por hecho de menores. Por lo que hace referencia a los incapacitados por locura o demencia habrá que decir, en primer lugar, que virtualmente no existen en España organismos tute-

lares constituidos, lo cual redundaría en una desprotección comparativa de los incapacitados que, al carecer de tutor, han de responder en muchas ocasiones, como veremos, con su propio patrimonio de los hechos dañosos que puedan haber realizado.

Cuando existe un organismo tutelar constituido, las cuestiones, respecto de los menores sometidos a tutela son idénticas a las ya expuestas. Respecto de los locos o sordomudos incapacitados, en principio no hay cuestión: responde el tutor. Ahora bien, puede surgir un problema si admitimos, con un sector de la doctrina y la última jurisprudencia, que la declaración de incapacidad es susceptible de graduación, en los casos en que se deje al loco o sordomudo una esfera de capacidad, aún restringida. En este caso, habría de estarse al tenor de la declaración judicial de incapacidad. Respecto de los deficientes mentales, y dado que éstos no superan nunca el cociente intelectual equivalente a la mayoría de edad, yo me inclinaría por considerarlos como si fuesen menores. Así parece entenderlo también Conde Pumpido cuando, pensando en el supuesto de una persona declarada civilmente incapaz por enfermedad mental, a la que no se considere plenamente amparada por una eximente, sino tan sólo favorecida por una atenuante, conforme al núm. 1 del artículo 9, reconduce el problema al supuesto del menor de veintiún años y mayor de dieciséis.

Pues bien, hasta aquí hemos estudiado los requisitos para que proceda la responsabilidad de los padres o tutores. Conviene ahora volver sobre la cuestión de la justificación de dicha responsabilidad. La doctrina tradicional, como sabemos, siendo consecuente con la tesis de que sólo responde quien es culpable, la fundamenta ya en una culpa "in educando", ya "in vigilando", ya en ambas a la vez. El artículo 1.903 del Código, por su parte, parece estar en esta línea, al hablar de una negligencia que se presume; del mismo modo el primer párrafo de la regla primera del artículo 20 del Código penal hace una referencia a la culpa y a la negligencia.

Ahora bien, si analizamos los supuestos planteados en la realidad es perfectamente constatable la dificultad en unos casos, la imposibilidad, en otros, de hablar de una culpa del padre o del tutor. La tesis de la culpa presenta numerosas fisuras, que hemos de poner de relieve a continuación.

A la culpa "in educando" como fundamento de la responsabilidad opone Carbonnier un argumento finísimo y divertido, diciendo que, en tal caso, los padres o tutores de los niños bien educados no responderían nunca. A mi me gustaría saber cuál es la línea divisoria de la buena y la mala educación, en función de la cual se podrá o no hablar de responsabilidad.

Por otra parte, si la razón de la responsabilidad fuese la defectuosa educación impartida, en buena lógica los padres habrían de seguir respondiendo de los hechos ilícitos aún después de haber alcanzado éstos la mayoría de edad, puesto que la causa remota de estos hechos —la "mala educación"—subsiste a pesar de los veintiún años... y sin embargo tal no sucede.

Quizá mayor inconsistencia ofrezca todavía el argumento de la culpa "in vigilando". En efecto, dada la promoción y mayor esfera de libertad de los menores como fenómeno típico de nuestra época, ¿hasta qué punto se puede vigilar a un menor de veintiún años y mayor de dieciocho?, ¿cómo controlar a un menor de vida independiente?, ¿cuando varios niños se encuentran jugando, valga el caso, y se produce un accidente desgraciado, se puede decir

culpable al tutor —abuelo anciano— al no haber seguido, por no poder, las carreras de los infantes?, ¿cuál es la culpa de los padres que, ante la necesidad de ganarse el sustento cotidiano, no pueden encargarse de la vigilancia de sus hijos?, ¿han de dejar caer a su familia en la indigencia para poder controlar directamente cada acto de los menores?

A decir verdad, todas estas preguntas son de muy difícil respuesta para los defensores de la teoría subjetiva y muestran a mi entender, lo ficticio de la culpa como justificante sempiterno de la responsabilidad de los guardadoes.

En esta línea de pensamiento, señala León González: "... esta explicación, aunque coherente con los postulados que le sirven de punto de apoyo (la fundamentación culposa de la responsabilidad) es inadmisibles en buena técnica jurídica. En unos casos porque, como ya se ha indicado, es imposible establecer un nexo de causalidad necesaria entre la educación impartida y el concreto evento dañoso de que se trata; en otros, porque el control y la vigilancia del menor son puramente ilusorios, dada la imposibilidad de hecho para su efectivo ejercicio. ¿Cómo admitir, en efecto, con un mínimo de rigor lógico, que la responsabilidad del padre, ausente de su domicilio durante unas horas por razones profesionales, tiene su origen y justificación en el incumplimiento del deber de encomendar a otra persona la guarda del hijo normal de dieciocho o veinte años que ha causado el daño? Pero más aún, si se acepta el principio de la culpa, será preciso admitir también que el menor debe estar sometido en todo momento a vigilancia, por lo que, si el padre o madre no pueden ejercerla de hecho, alguien ha de sustituirles en esta función. Ahora bien, incluso admitiendo que estas personas existen (normalmente serán las designadas en los apartados cuarto y sexto del artículo 1.903), ¿cómo se puede hablar de una culpa "in vigilando" y respecto de quién, cuando el acto dañoso se ha producido fuera de la órbita de su responsabilidad, así por ejemplo, en el trayecto desde el domicilio del menor a un centro docente?

Claro es que en estos y otros casos análogos que podrían traerse a colación se intenta superar el absurdo jurídico argumentando que la culpa que se imputa al responsable no es en realidad una falta de vigilancia, sino una verdadera culpa "in educando". Pero esta justificación tampoco satisface y no sólo por la poderosa objeción antes apuntada del nexo causal, sino porque, además, y apurando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, permitiría llegar a la conclusión de que los padres pueden ser llamados a responder incluso por los daños que causen sus hijos mayores de edad, si el demandante lograra demostrar una omisión culposa (arg. art. 1.902) en el ejercicio del deber de educación.

Todo ello constituye, en definitiva, una prueba más del carácter artificioso de las presunciones de culpa y, consiguientemente, de la necesidad de fundamentar la responsabilidad de los padres como una obligación "ex lege" vinculada al ejercicio de la "patria potestas". Lo mismo habría que decir, "mutatis mutandis", respecto de los tutores.

Ahora bien, dejando aparte el tenor literal del 1.903, y la explicación que de él da la tesis subjetiva clásica, ¿se sigue manteniendo, de hecho, la idea de la culpa como fundamento de la responsabilidad de los padres o tutores? Sólo hay una manera segura de averiguarlo. La respuesta podría ser afirmativa si encontrásemos al menos una sentencia del Tribunal Supremo en la que, reco-

nociendo que el guardador haya actuado con la diligencia debida, sea éste exonerado de responsabilidad. Negativa habría de ser, por el contrario, si tal no sucediera nunca... y no sucede, si hemos de estar a la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de las últimas décadas. Veamos las sentencias.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15-II-1975

Ya conocemos el supuesto de hecho —escopeta que se le dispara a un menor, causando daños en un pie a la víctima—, y las decisiones de las distintas instancias.

En sus considerandos, establece el Tribunal Supremo que la responsabilidad derivada del artículo 1.903, en sus diversos apartados, no es subsidiaria, sino directa, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada.

Respecto del caso concreto objeto de la cuestión, y supuesto que el acompañante del menor —la víctima— no tenía a su cargo a éste, ni existía circunstancia alguna por la que pudiera estimarse que lo tuviera, ya que tampoco estaba bajo su dependencia; y dado que el tutor no ha probado que hubiese empleado toda la diligencia del buen padre de familia para prevenir el daño ocasionado, concretamente el causado por el menor, dicho tutor ha incurrido en la culpa “in vigilando” del artículo 1.903.

Añade, por otra parte, el T. S. que el tutor tiene, como titular subsidiario defectivo de un haz de derechos y deberes igual a los integrantes de la patria potestad, el de “educar”, común a los padres y tutores, deber éste que se extiende a la vigilancia preventiva del daño. Producido éste, la culpa se presume. Habiendo sido acreditado en todo momento, por la parte actora, la existencia de la “acción” y “omisión” determinante del daño indemnizable a que se refieren los artículos 1.902 y 1.903, y como, por otra parte, esta responsabilidad se presume siempre culposa, el tutor está obligado a indemnizar.

La sentencia es reciente e interesante. A pesar de la prohibición impuesta por el tutor al pupilo de ir de caza, y el haberse hecho esto en su ignorancia, el tutor responde, y su responsabilidad es directa, y no subsidiaria como quería el juez de 1.^a Instancia. Esta parece intentar justificarse, en un primer momento, en la culpa “in vigilando”, pero después se dice que el deber de “educar” se extiende a la vigilancia preventiva del daño, lo cual no deja de ser confuso. Sorprendente es asimismo la afirmación, contenida en la sentencia, de que la responsabilidad se presume siempre culposa, referida, parece ser, no sólo al 1.903, sino también al 1.902 —sorprendente, bien entendido, argumentando en sede de un sistema subjetivo de responsabilidad.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30-IV-1969

Supuesto de hecho: un numeroso grupo de niños, divididos en dos bandos, se lanzaban piedras recíprocamente. En el mismo bando estaban Juan Ramón y Miguel, lanzando el primero una pedrada hacia sus rivales, con la mala for-

tuna de que el segundo, inopinadamente, se cruzó en la trayectoria de ésta, causándole lesiones la pedrada que determinaron la pérdida de un ojo. El menor que había tirado la piedra era hijo de la demandada, si bien había estado siempre a cargo del abuelo materno, viviendo en su casa y bajo su custodia, como si fuera su propio hijo a todos los efectos.

El padre de la víctima demanda a la madre y al abuelo del menor causante del daño, para que fueran condenados solidariamente al pago de una determinada indemnización.

El juez de 1.ª Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la madre, y subsidiariamente al abuelo, caso de insolvencia de la primera.

La Audiencia revoca en parte la sentencia, absolviendo al abuelo—respecto del cual se aprecia falta de legitimación pasiva—y condenando a la madre.

El T. S. declaró no haber lugar al recurso.

Uno de los motivos del recurso alegaba interpretación errónea del artículo 1.902 del Código civil, en tanto que, aun cuando la patria potestad del menor, Juan Ramón, perteneciese a la madre, estaba perfectamente acreditado que, de hecho, éste se encontraba bajo la custodia y cuidado del abuelo materno y, consiguientemente, era éste el encargado de la vigilancia y custodia de dicho menor. Es su falta de cuidado en esta vigilancia la que ocasionó el daño, debiendo encuadrarse esta negligencia en el artículo 1.902 del Código, que no en el 1.903.

El T. S. refuta así tal motivo: “Estableciendo categóricamente la Sala de Instancia que el resultado lesivo, cuya reparación se pretende, no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado, abuelo materno, es evidentemente la inexistencia de la interpretación errónea del 1.902 del Código civil, pues falta el acto, primero de los tres requisitos que la inveterada y constante jurisprudencia de esta sala exige para la existencia de responsabilidad por culpa extracontractual”.

Prescindiendo de que el T. S. haga justicia en el caso concreto, se tiene la sensación, estando al supuesto de hecho, de que las lesiones se deben a un acontecimiento desgraciado en el que se hace cuesta arriba establecer la culpa de alguien.

Es muy interesante en esta sentencia el ver cómo se niega la legitimación pasiva del tutor de hecho. No hay omisión culposa en el abuelo que cuida del niño como si fuese su hijo, y la hay en la madre ausente. ¿Qué sucedería si, por carecer de madre, el abuelo fuese tutor? Muy posiblemente, el T. S. declararía la responsabilidad de éste, “ex” art. 1.903, con lo cual resultaría nítidamente que, ante una situación idéntica, la respuesta es diametralmente opuesta, según que la persona tenga o no legalmente encomendada la guarda del menor.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29-XII-1962

Supuesto de hecho: debido al disparo de una escopeta de aire comprimido, efectuado por dos menores, un balín se aloja en el ojo izquierdo del demandante, determinando la pérdida de visión completa de dicho ojo.

El actor reclama indemnización de daños y perjuicios al padre de los menores.

El juez de 1.^a Instancia estima la demanda; la Audiencia confirma la sentencia; interpuesto recurso de casación, el T. S. declara no haber lugar al mismo.

El demandado y recurrente alegaba aplicación indebida del 1.903, ya que, a su juicio, quedó probado en el pleito que el demandado empleó la diligencia necesaria para prevenir el daño producido, porque, según él, la tenencia de una escopeta de aire comprimido en la casa no contradice la diligencia de un buen padre de familia y, además, los padres no pueden ejercer constantemente una vigilancia continua y directa sobre sus hijos, porque tiene que trabajar para sostener a la familia.

El T. S. refuta la argumentación precedente, sentando que los propios razonamientos del demandado proclaman su grave imprudencia, al dejar al alcance de unos menores irresponsables, una escopeta de aire comprimido, apta para funcionar y con unos 65 metros de alcance, sin que pueda servir de disculpa la alegación de que les dejó solos porque tenía que trabajar para atender al sustento de la familia, porque eso ocurre actualmente a todos los padres, y si se estimase ésta, se llegaría a la total irresponsabilidad de los hechos realizados por menores de edad. Bien está este razonamiento de nuestro más alto tribunal, pero ... ¿dónde queda ya la culpa "in vigilando", si se reconoce que los padres de hoy no pueden vigilar a sus hijos y, sin embargo, responden?

Sentencia del Tribunal Supremo de 14-II-1959

Supuesto de hecho: El hijo del actor, a consecuencia de un disparo efectuado con una escopeta de 10 milímetros de calibre, cargada con perdigón, sufrió la pérdida anatómica del globo ocular izquierdo y pérdida funcional de la visión completa en el ojo derecho.

La escopeta pertenecía al demandado, con cuyo hijo y otros dos niños, hijos del casero del demandado, estaba jugando la víctima.

El actor estima que en el hecho de dejar el demandado un arma de fuego cargada, en un poblado, a su hijo menor de edad, y no en el hecho de dispararla, es donde se encuentra la causa generadora del daño, daño, por lo tanto, imputable al demandado.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestima la demanda, absolviendo al demandado; la Audiencia confirmó la sentencia; el T. S. declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Establece el T. S., en uno de sus considerandos, que la Sala de Instancia ha declarado, quedando firme en casación, que quien efectuó el disparo, causa inmediata del desgraciado accidente acaecido, fue un niño que no era hijo del demandado, y que el propio lesionado fue su causante mediato, al coger la escopeta de la habitación en la que se guardaba, por lo que el padre demandado no está sujeto a la responsabilidad prescrita en el 1.903, por no haberse apreciado en su hijo menor de edad culpa alguna como causa ocasional de la lesión que sufrió el hijo del demandante y recurrente.

Terminamos aquí con el análisis de las Sentencias del T. S. que, en los últimos años, se han ocupado de la responsabilidad civil por hechos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela. Una conclusión se desprende clara: sólo cuando los daños no han sido causados por el menor, no responde el padre

o tutor; en todos los demás casos, responde siempre. No es ya que se presuma la culpa; “de facto”, en ocasiones, se prescinde de ella para establecer la responsabilidad.

Por ello opino que lleva razón Carbonnier cuando justifica la responsabilidad de los padres o tutores en función del carácter de garantes de los hechos dañosos cometidos por sus hijos o pupilos, que les viene atribuido.

En la misma línea, León González apunta la necesidad de fundamentar la responsabilidad de los padres (tutores) como una obligación “ex lege” vinculada al ejercicio de la patria potestad (de la tutela).

El mismo autor asigna, además, una función preventiva al artículo 1.903, puesto que con él se induce de forma indirecta, pero no por ello menos eficaz (bajo la amenaza de un quebranto patrimonial) a una mayor diligencia en el cumplimiento de los deberes de educación y vigilancia, disminuyendo así las probabilidades de que el daño se produzca. Ahora bien, producido éste, la culpa constituye sólo uno de los criterios de imputación patrimonial de las consecuencias del hecho dañoso.

Que esta afirmación es rotundamente cierta se desprende de la consideración de los supuestos en que los padres o tutores demuestren paladinamente que no hubo por su parte culpa ni negligencia (si tal fuese posible en la práctica), no existan, o simplemente sean insolventes. ¿“Quid iuris”, entonces, si un hecho dañoso ha sido cometido por un menor o un incapaz?

Razonando coherentemente en un sistema subjetivo de responsabilidad habría que concluir que, en los dos primeros casos, no habiendo culpa ni de los guardadores ni de los guardados, no podría hablarse de responsabilidad; en el tercero, la responsabilidad habría de referirse únicamente al guardador “culpable”, pues, como es obvio, la solvencia o insolvencia nada tiene que ver con la responsabilidad. Ahora bien, ¿es esto así?, no ciertamente. Aunque el artículo 1.903 no se ocupa de un modo directo del problema, el artículo 20 del Código penal, directamente relacionado con el mismo, suple con creces la laguna, diciendo, en el párrafo segundo de su regla primera: “No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bien señalan las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil”. La misma solución habría de establecerse lógicamente para el supuesto en que los padres lograsen demostrar que no hubo, por su parte, culpa ni negligencia.

He aquí, claramente, una serie de supuestos en los que la misma disposición legal establece una responsabilidad sin culpa, evitando la indefensión de la víctima. Veámoslo con más detenimiento.

— Menores de dieciséis años.

Los autores que se han ocupado del tema —Conde Pumpido, León— distinguen en función de que éstos tengan o no capacidad natural de entender y querer.

Si no tienen capacidad natural de entender y querer, no solamente no hay culpabilidad natural, sino que tampoco hay antijuricidad. Conde Pumpido llega a hablar de una “no-acción”, diciendo que “al hablar de responsabilidad de menores o incapaces —cuando los guardadores no sean culpables, no existan, o

sean insolventes— no puede dejar de observarse que, para que se de esa responsabilidad es preciso que se dé acción u omisión, esto es, un acto del hombre. Y ese concepto de acto exige la intervención de un querer del agente, esto es, de una capacidad volitiva que puede faltar en la actuación de ciertos incapaces —infantes, compulsivos—. La ausencia de ese elemento volitivo que caracteriza al actuar humano convierte el actuar de esos incapaces en una no-acción, en un hecho equiparable a los hechos de la naturaleza... En estos casos, habría que recurrir al principio del enriquecimiento sin causa para lograr la repetición de aquellos daños que hubieran redundado en beneficio del plenamente incapaz irresponsable”. La idea de la reparación pecuniaria con base a la equidad está recogida en una serie de códigos como el alemán, el italiano y el portugués. Ahora bien, como se encarga de precisar León González, la “indemnización equitativa” es un “quid minus” que el deber de resarcimiento dimanante de culpa o riesgo. En su opinión, con todo, ello no autoriza para excluir del ámbito de la responsabilidad civil una obligación cuya finalidad es, precisamente, la de reparar en todo o en parte el daño causado.

En el sistema español, aun careciendo de una norma expresa, podría predicarse esta “indemnización equitativa”, con base en los artículos 20 del Código penal y 32 del Código civil.

Está misma solución arbitrada para los menores, podría referirse también a los locos, dementes y sordomudos carentes por completo de capacidad.

Si los menores de dieciséis años tienen capacidad de discernimiento, su acción, si no culpable por jugar una causa de inimputabilidad, sí es antijurídica. Por consiguiente, subsidiariamente respecto de los padres no culpables o insolventes, directamente, cuando los guardadores no existen, han de sufrir en su patrimonio las consecuencias del hecho dañoso por ellos cometido.

Esta responsabilidad rotundamente desvinculada de la idea de culpa se producirá, en virtud del artículo 20 del Código penal, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil. Como dice Conde Pumpido, el límite se establece no para la cuantía de los bienes sobre los que ha de recaer la ejecución, sino para la cuantía de la responsabilidad en orden a la indemnización de daños y perjuicios.

Posiblemente habría que incluir en este supuesto al resto de los locos, dementes y sordomudos, puesto que su capacidad natural, si estamos al cociente intelectual, difícilmente supera la de una persona normal de dieciséis años. La situación de estas personas, como sabemos, es de real desamparo, pues, careciendo normalmente de tutores, su patrimonio se verá afectado directamente, en la mayoría de los casos.

— Menores de veintiún años y mayores de dieciséis.

Si el hecho dañoso por ellos cometido es constitutivo de un ilícito penal y la acción de responsabilidad civil se ejercita en el proceso penal, responderán directamente, en virtud del artículo 19 del Código penal.

Si el hecho dañoso es constitutivo de un ilícito civil, o, siéndolo de uno penal, se reserva la acción de resarcimiento para su posterior ejercicio en el proceso civil, responderán subsidiariamente en el caso de falta de culpa o insolvencia del guardador, y directamente si estos no existen. Exceptúanse los

hechos cometidos por los menores emancipados, siempre que éstos no deriven directamente de lo prematuro de la emancipación.

Es justo que ello sea así, pues como dice el profesor De Castro, si se admitiese el criterio de la responsabilidad exclusiva de los guardadores, el menor (incluso al que le faltasen sólo minutos para cumplir los veintiún años) podría realizar todos los daños que quisiera, sin poner en peligro su propio patrimonio, a costa del patrimonio de su guardador (si éste no pudiese probar su diligencia) o a costa del de la víctima, si el guardador prueba no haber sido culpable ni negligente, o no existe, o es insolvente.

Este es, en definitiva, el estado de la cuestión: la víctima que sufre un daño debe ser indemnizada. En el sistema subjetivo, tal se logra, con dificultad, atribuyendo la responsabilidad al guardador en base a una presunción de culpa, y, cuando tal no es posible hacer, al menor o pupilo sobre la base de la antijuricidad de su acción, o de la idea de equidad. En el sistema objetivo, por el contrario, responde primero el patrimonio del guardador, en cuanto garante, y en su defecto, el del menor o pupilo, prescindiéndose de la exclusividad de la culpa como criterio de imputación. Hemos pretendido demostrar que es esto último lo que sucede, a pesar del tenor literal del 1.903 C. c. o 20 C. p.

Quiero terminar estas consideraciones haciendo referencia, aunque sea somera, a un problema que puede surgir en la práctica de modo relativamente frecuente: cuando un menor, con padres o tutor, realiza un hecho dañoso con ocasión y durante el ejercicio de su actividad laboral, o mientras permanece bajo la custodia de maestros o directores de artes y oficios, ¿quién debe responder? ¿los guardadores?, ¿los dueños o directores de un establecimiento o empresa o los maestros o directores de artes y oficios?, ¿se producirá una concurrencia de responsabilidades? El problema, ciertamente, es complejo. Intentaremos resolverlo.

Si el hecho es constitutivo de delito, habiendo sido cometido por un menor de veintiún años y mayor de dieciséis, responderá directamente éste y, en su defecto, entrará en juego el artículo 22 del Código penal, que reza así: "La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por lo delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Responsabilidad subsidiaria pues, si la acción de indemnización se ejercita en el proceso penal.

Si la acción se reserva para su ejercicio posterior en el proceso civil, y en los demás supuestos de hechos ilícitos realizados por menores de dieciséis años, que causen daños, en virtud del artículo 1.903, párrafos 4.º y 6.º, en mi opinión, la responsabilidad incumplirá a las personas allí señaladas, y no a los guardadores, precisamente porque éstos, argumentando en sede de responsabilidad subjetiva, no pueden incidir en una culpa "in vigilando", dado que la obligación de vigilancia se ha trasladado a estas otras terceras personas.

Argumentando, por el contrario, en una línea de sistema objetivo de responsabilidad, parece lógico que el patrono o empresario que obtiene sus beneficios en cierto modo a costa del trabajador, en cuanto los servicios de éste le son indispensables, responda de los perjuicios causados por éste en el servicio del ramo en que lo tuviera empleado o con ocasión de sus funciones; por lo que

se refiere a los directores de artes y oficios o a los maestros (sin descartar la responsabilidad del centro), la responsabilidad podría justificarse a cambio de la remuneración que éstos perciben por impartir su magisterio o los beneficios que el centro obtiene de la enseñanza.

Téngase presente que en estos casos la responsabilidad de tales personas no es subsidiaria, como en el 22 del Código penal, sino directa, si bien en el caso de la relación mercantil o industrial, y en base al 1.904, el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho, lo cual lleva a algunos autores a hablar de una responsabilidad "in solidum", que no solidaria.

CARLOS ROGEL VIDE

*Profesor de Derecho civil de la Universidad
Autónoma de Madrid*

3. LOS CONTRATOS DE RENTA VITALICIA Y DE VITALICIO ANTE LAS ALTERACIONES MONETARIAS.

(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 octubre 1960, 28 mayo 1965 y 14 julio 1973)

SUMARIO: 1. Las relaciones negociales conflictivas y las decisiones jurisprudenciales.—2. La distinción del contrato de renta vitalicia del contrato de vitalicio.—3. Las cláusulas de estabilización en las rentas vitalicias.

1. *Las relaciones negociales conflictivas y las decisiones jurisprudenciales.*

En estas últimas décadas existen graves inconvenientes para quienes acuerdan una renta vitalicia, por una parte, dada la gravosa incidencia fiscal que se establece para este contrato (1) y, por otra, ante el proceso inflacionista que deprecia el valor de la moneda, rebajando el poder adquisitivo de la cantidad de dinero que se recibe como pensión. Las personas necesitadas de acudir a una relación jurídica que les permita obtener dicha renta o pensión para su sustento, se van decidiendo cada vez más —según queda constatado por la práctica notarial— (2) o bien por un “contrato de renta vitalicia” en el que se pacta una cláusula de estabilización, o bien estableciendo un “contrato de vitalicio”.

Ambas modalidades de contratación han tenido su reflejo conflictivo ante el Tribunal Supremo, si bien dentro de una época pasada, que ahora se actualiza ante la persistencia y agravación de las condiciones anteriores de carácter fiscal e inflacionario, por lo que resulta de gran interés examinar su doctrina: en dos casos, para establecer las diferencias que existen entre un contrato de renta vitalicia y un contrato de vitalicio (SS. 28 mayo 1965 y 14 junio 1973) (3) y, en otro caso, para reconocer

(1) El tipo de tributación se fija en el 3,50 por 100, después de capitalizar la renta que habrá de satisfacer el pensionista o percceptor, v. “Ley del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de Bienes” (art. 2, apartado XI; art. 5, apartado XI; art. 17, apartado XI, letra j), en relación con el número 48 de la “Tarifa General”, cfr. GUIMERA, *Renta vitalicia y condición resolutoria*, en “Revista de Derecho Privado”, XXVIII (1954), p. 211; BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*. Madrid, 1963, p. 21.

(2) Cfr. AZURZA y OSCOZ, *Renta vitalicia resoluble*, en “Revista de Derecho Privado”, XXIII (1949), pp. 1029 ss.

(3) Cfr. ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia* (1965) núm. 3.172 y (1973) núm. 3.522.

la validez del pacto o cláusula de estabilización de la renta, añadido al contrato de renta vitalicia (S. 31 octubre 1960) (4).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1965, destaca la naturaleza del contrato privado que llevan a cabo las partes el 13 de febrero de 1958 y confirma, por una parte, el carácter de "convenio vinculante al que no le son aplicables los artículos del Código civil reguladores de la renta vitalicia y, de otra, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes".

La Sentencia del 31 de octubre de 1960, por su parte, decide que la cláusula contractual donde se pacta que, "en caso de depreciación de moneda, ésta (la pensión referida) será regulada por el valor del trigo, tasa oficial, para el abono de la pensión", se trata de una "cláusula de estabilización", la cual, "aparte la discusión doctrinal que puede suscitar y el diferente criterio que en el Derecho comparado motiva, en el nuestro está expresamente reconocida en varias sentencias de esta Sala, como las de 29 abril y 23 noviembre 1946, 9 marzo 1947, 9 enero 1950 y 28 noviembre 1957 y ello porque no contradice ley alguna, ni va contra la circulación forzosa del billete, medio legal de pago de cantidades dinerarias, aspecto que podría afectar al orden público en calificadas circunstancias aquí no concurrentes, sino que, como simple verificadora del nominalismo, se limita a adoptar su valor adquisitivo al que le corresponde en el mercado, que en casos como el presente está perfectamente justificado en unos pensionistas que para asegurarse la pensión como único medio de vida, prevén las contingencias de la depreciación monetaria en curso al otorgarse el contrato". Además, "no puede decirse que por lo convenido en esta cláusula se violen en la Sentencia "a quo" y se interpreten erróneamente los artículos 1.170 del Código civil y 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento..., porque no se niega valor liberatorio al billete, a la moneda vigente en España; lo que se hace en función de la cláusula estabilizadora es determinar la cantidad de moneda en esa clase necesaria para cumplir la obligación dineraria que ha de solventarse, pero se paga con ese mismo papel-moneda de curso forzoso, con lo que no se desprecia el artículo del Código civil, ni tampoco los de la legislación hipotecaria invocados...".

Ambas Sentencias del Tribunal Supremo tienen una importancia decisiva y ejemplar, al mostrar el camino a seguir a quienes tengan el deseo de establecer una renta vitalicia y pretendan mantener el poder adquisitivo de su renta en dinero, así como las diferencias que existen entre dos figuras contractuales: el "contrato de renta vitalicia" y el "contrato de vitalicio".

2. *La distinción del contrato de renta vitalicia del contrato de vitalicio*

La Sentencia de 28 de mayo de 1965 y la de 14 de junio de 1973 insisten en la distinción que existe entre el "contrato de renta vitalicia"

(4) Cfr. ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia* (1960) núm. 3.449.

y el "contrato de vitalicio". Mientras que el contrato de renta vitalicia pasa al Código civil como un contrato nominado y se regula, concretamente, por los artículos 1.802 al 1.808, el contrato de vitalicio resulta innominado, es tan sólo una posibilidad contractual derivada de una prestación voluntaria o pactada de alimentos, en base al artículo 153 de dicho Código civil (4 bis).

El artículo 153 del Código civil establece que "las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la Ley para el caso especial de que se trate". Es decir, que mediante un pacto se puede dar lugar a una relación contractual de alimentos, o sea, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142), o bien a otras asistencias que pacten los contratantes, pues, como aclara la Sentencia de 1965, es de tener en cuenta la "naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes". Sin embargo, esta Sentencia pone su fundamento en el artículo 1.255 del Código civil, que reconoce la autonomía de la voluntad de las partes para crear un contrato autónomo, innominado y atípico. Esta misma atipicidad es puesta de relieve de nuevo en la Sentencia de 29 de mayo de 1972, considerando que "sea cual fuese la calificación jurídica que le atribuyeran las partes, el pacto de transacción de una finca a cambio de prestación de servicios (habitar con el transmitente, prestarle alimentos y asistencia hasta su muerte) dio vida a un contrato dotado de causa".

Es esta naturaleza alimentaria y asistencial la que caracteriza el contrato de vitalicio y se corresponde con las figuras antecedentes del Derecho histórico español, como fueron el "fundo muerto" o de "vitalicio" y el "censo vitalicio", conocido en Cataluña como "violario". Sustituidas estas figuras por el contrato de renta vitalicia, traído por nuestros codificadores del Código civil de Napoleón, las partes que pretenden llevar a cabo una transmisión de bienes, en vista de obtener una renta o pensión con finalidad alimentaria y asistencial, queda desfigurada y constreñida por la falta de libertad para pactarse otras modalidades que no sean una renta exclusivamente en dinero o que, de no cumplirse las prestaciones y condiciones pactadas, revierta la propiedad de los bienes dados como causa de su transmisión. Mientras en el contrato de renta vitalicia la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al receptor de la renta a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en posesión del predio enajenado, pudiendo tan sólo reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (art. 1.805), en el contrato de vitalicio cabe pactarse la reversión de los bienes o revocación de la propiedad. Ello es debido a que la transmisión del dominio de los bienes muebles o inmuebles que hace el alimentista al alimentante puede

(4 bis) La doctrina española es parca respecto al "contrato de vitalicio", cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 23; GULLÓN, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, p. 372; DORAL, *Pactos en materia de alimentos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXIV-2 (1971), p. 332.

tener su causa en una donación "inter vivos" (SS. 2 diciembre 1916 y 16 diciembre 1930), como en una venta (S. 28 mayo 1965 y 29 mayo 1972), o bien en una disposición testamentaria de legado de alimentos.

La diferencia más neta que el Tribunal Supremo establece entre el contrato de renta vitalicia y el contrato de vitalicio es que la pensión o renta del primero consiste en una cantidad fija y determinada de dinero (SS. 14 noviembre 1908, 16 noviembre 1930 y 14 junio 1973), mientras que en el contrato de vitalicio lo característico es que el alimentista y el alimentante convivan bajo un mismo techo, si bien cuando no ocurra así e, incluso, se haya pactado una cantidad de dinero para atender a su subsistencia, esa cantidad no es fija e invariable, sino que representa un valor, el valor necesario para satisfacer el vitalicio, ya que, como expresa la Sentencia de 16 de diciembre de 1930, "la entrega por parte de los hijos de setecientas cincuenta pesetas anuales para atender a su manutención, cuya cantidad se aumentaría si, por enfermedad o por descontento, no quisiera doña E. D. vivir con sus hijos". También, la Sentencia de 10 de abril de 1956 dijo que "no se dan las características que configuran al contrato de renta vitalicia cuando, aun efectivamente transferida la finca, la cantidad que como renta o pensión se había de abonar no resulta calculada mediante la división del valor de la finca en cuotas anuales en función de la vida probable del dueño del predio cedido, que es lo que representa el "aleas" de esta clase de negocios", pues, señalado como pensión anual el interés del 2 por 100 sobre el valor atribuido a la finca entregada, que había de abonarse al dueño de ella, más un 4 por 100 sobre la cantidad de treinta y cinco mil pesetas que había de pasar al hijo y hermano, respectivamente..., se establece y abona la renta anual con finalidades diferentes en forma impropia del contrato de renta vitalicia".

Resulta claro que la renta vitalicia se trata de un contrato aleatorio (art. 1.802) y que la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al receptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado, únicamente tiene derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (art. 1.805). En cambio, el contrato de vitalicio, aun siendo aleatorio, o basado en la vida del pensionista, puede implicar en sus pactos la devolución o revocación de lo enajenado por venta, cesión o donación, si se incumplen los compromisos contraídos.

Si el contrato de renta vitalicia supone el pago de una renta o pensión de una cantidad fija e invariable de dinero es que el contenido de su prestación es una obligación pecuniaria, mientras que, si en el contrato de vitalicio al proporcionar los alimentos en convivencia, o al pagar una pensión o renta en dinero, se hace con arreglo a las necesidades de subsistencia pactadas, como un valor debido, realmente se trata de una "deuda de valor", variable y determinable en el momento de su cumplimiento, al alterarse sus condicionamientos. De aquí que la asistencia o el pago de la pensión al alimentista en el contrato de vitalicio sean revisables cuando resulten insuficientes, bien reclamando el exacto cumplimiento de

las atenciones debidas, o bien exigiendo el aumento de la cuantía dineraria en que se concretó la pensión.

En cambio, según he puesto de relieve en otro lugar (5), el contrato de renta vitalicia, por tratarse de una deuda de naturaleza nominal o pecuniaria, y no de una deuda de valor, la renta es fija e invariable, por lo que el obligado cumplirá entregando su cuantía o la cantidad de dinero pactado de acuerdo con la naturaleza aleatoria del contrato, tanto en lo que atañe a la vida del pensionista, como al riesgo de pérdida o disminución del poder adquisitivo del dinero, como de la improductividad de los bienes dados como capital (SS. 11 julio 1934 y 10 abril 1956). El "aleas" de la valoración inicial de la renta, como la correspondiente a la duración de la vida del pensionista, son elementos esenciales en que se basa el contrato de renta vitalicia.

Sin embargo, actualmente para el contrato de renta vitalicia, en lo que respecta al riesgo de las alteraciones monetarias que inciden sobre la renta o pensión, puede ser atenuado tal como se viene haciendo para otras obligaciones pecuniarias: bien mediante su revisión legal, o ya preveyendo cláusulas de estabilización por las partes, o bien mediante una resolución judicial.

La revisión legal de las rentas vitalicias fue llevada a cabo por Francia con su Ley de 25 de marzo de 1949, quien también permitió las cláusulas de estabilización y de escala móvil en la Ley de 13 de julio de 1963 (6). Igualmente, Italia dispone la revisión legal de las rentas vitalicias por Ley de 24 de febrero de 1953, al elevar aquéllas constituidas con anterioridad del 31 de diciembre de 1943, para así obviar las consecuencias de las alteraciones monetarias (7). En cambio, en la República Federal de Alemania se permitirá la revalorización de las rentas vitalicias en base al § 242 del Código civil (BGB) y como excepción al § 3 de la Ley Monetaria (WG), según se advierte en sus sentencias jurisprudenciales (8).

(5) BONET CORREA, *La revalorización de las rentas vitalicias*, en "Revista de Derecho Notarial", XXVII (1960), pp. 235 ss.

(6) Además de la literatura citada por BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 123, n. 10, cfr. CHAUVEAU, *La pratique des voyageurs*. Paris, 1970.

(7) Además de la literatura citada por BELTRÁN HEREDIA, *op. cit.*, p. 124, n. 11, cfr. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*. Milano, 1961; LENER, *Il rapporto di rendita perpetua*. Milano, 1967; TORRENTE, *Rendita perpetua. Rendita vitalizia*, en *Commentario del Codice civile* de Scialoja-Branca. Bologna, 1966; LENER, *Vitalizio*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XX (Torino, 1975), pp. 1027 ss.

(8) Cfr. HENN, en *Betriebs-Berater* (1959), p. 453; DÜRKES, *Wertsicherungsklauseln*, 6.^a ed. Heidelberg, 1964, pp. 73 ss. y 8.^a ed. Heidelberg, 1972. La Sentencia de 30 de marzo de 1973 del Bundesarbeitsgericht, en *Betriebs-Berater* (1973), p. 522 y en *Neue Juristische Wochenschrift* (1973), p. 1599, cfr. REUTER, *Nominalprinzip und Geldentwertung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 137 (1973), pp. 482 ss.; BETTERMANN, *Über inhalt, Grund und Grenzen des Nominalismus.—Zugleich eine Besprechung von BAG AP Nr. 4 und 5 zu § 242 BGB Ruhegehalt. Geldentwertung*, en *Recht der Arbeit* (1975), pp. 2 ss.

3. Las cláusulas de estabilización en las rentas vitalicias

Dado que el contenido de la prestación del contrato de renta vitalicia queda determinado por nuestro Código civil según su naturaleza pecuniaria, al ser una suma o cantidad de dinero fija e invariable, las alteraciones monetarias, especialmente las depreciaciones y las desvalorizaciones, minan el poder adquisitivo del dinero desfavorablemente para el pensionista, el cual verá disminuidas sus posibilidades en poco tiempo si, como ahora ocurre, la inflación deja de ser "velada" para convertirse en "galopante" hasta alcanzar cotas de encarecimiento del 20 por 100 anual.

Ante épocas más estables, la doctrina civilista española (9) no tuvo ocasión de examinar esta cuestión; será después del conflicto bélico civil y sus décadas siguientes cuando las fuertes alteraciones del valor del dinero han de poner en evidencia a los autores y a la jurisprudencia los problemas que se derivan de esta grave situación (10).

En un primer escrito (11) ya tuve ocasión de advertir y confirmar el carácter pecuniario que el legislador atribuye a la prestación del contrato de renta vitalicia y, por tanto, la imposibilidad de llegar a una actualización de la renta o pensión, dado que el legislador ni la jurisprudencia habían llevado a cabo en sus decisiones una revalorización.

Ante el panorama de las alteraciones monetarias, sobre todo de una creciente inflación, mostraba cómo los acreedores veían disminuidos sus créditos conforme al poder adquisitivo inicial en que habían basado sus relaciones obligatorias y la equivalencia de las prestaciones quedaba quebrada con el correspondiente perjuicio patrimonial. Pero, también para los deudores cuando se producen las deflaciones e, incluso, con la misma

(9) Cfr. RUIZ ARTACHO, *La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", XIX (1946), pp. 217 ss.; PIÑOL AGULLÓ, *Prestaciones periódicas vitalicias en Derecho común y en Derecho catalán*, en "La Notaría", 82 (1947), pp. 27 ss.; AZURZA y OSCOZ, *Renta vitalicia resoluble*, en "Revista de Derecho Privado", XXIII (1949), pp. 1029 ss.; CABELLO DE LA SOTA, *La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas. Sus problemas*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", V (1949), pp. 85 ss.; MORAL y DE LUNA, *La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta*, en "Revista de Derecho Privado", XXVI (1952), pp. 797 ss.; GUMERÁ, *Renta vitalicia y condición resolutoria*, en "Revista de Derecho Privado", XXXVIII (1954), pp. 211 ss.; MOLLEDA, *Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario*, en "Revista de Derecho Español y Americano", IV-20 (1950), páginas 1.059 y ss.; GOMÁ SALCEDO, *Principales problemas del contrato de renta vitalicia*, en "Revista de Derecho Notarial", XXIX-XXX (1960), pp. 309 y siguientes.

(10) Cfr. DEL ARENAL, *La desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*, en "Revista de Derecho Español y Americano", IV (1959), pp. 1027 ss.; BONET CORREA, *La revalorización de las rentas vitalicias*, cit., pp. 235 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *La antítesis inflación-justicia*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 5 (1960), pp. 531 ss.; RUIZ VADILLO, *Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario*, en "Revista de Derecho Judicial", 21 (1965), pp. 9 ss.; BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, cit., pp. 121 ss.

(11) BONET CORREA, *op. cit.*, pp. 235 ss.

inflación, según observó Béchade (12) e insiste Vallet de Goytisoló (13), puede ocurrir que el obligado a pagar la pensión haya sufrido la destrucción o hubiera enajenado el bien que recibió como contrapartida de la renta vitalicia, o que hubiera recibido un capital en valores mobiliarios afectados por dicha inflación, o en dinero que no acertó a invertir en forma que escapara a la depreciación, por lo que este último autor se pregunta: ¿Cómo imponerle en estos casos en estricta justicia la revalorización de la pensión? Si es cierto que el promitente se equivocó al reinvertir la cosa es verdad también que el pensionista cometió igual error al enajenar un bien a cambio de la pensión pecuniaria. ¿Por que hacer gravitar el peso de la inflación en uno de ellos?

A mi juicio, hay una diferencia entre los riesgos que acreedor y deudor han de sufrir respecto a sus prestaciones; mientras que el deudor de una pensión vitalicia siempre puede acomodar a su arbitrio el destino de los bienes que ha recibido, y sabe que ha de abonar una renta fija y determinada en su cuantía durante la vida de una persona, el acreedor de la pensión no podrá influir para nada a fin de que el poder adquisitivo de la renta que recibe en dinero se mantenga en la proporción del valor de los bienes que cedió, ya que el riesgo de esta pérdida de valor no le es imputable, procede de acontecimientos totalmente ajenos a su pericia y hasta de sus previsiones normales. Una vez que la situación anormal de la inflación se hace patente, uno de los remedios que puede poner el acreedor para mantener el poder adquisitivo de su pensión es pactar en el contrato de renta vitalicia una cláusula de estabilización. Así como de la diligencia que tenga el deudor al administrar los bienes recibidos depende de que pueda pagar la renta, así la diligencia que tenga el acreedor dependerá de que pacte o no en su contrato una cláusula estabilizadora y que no se deteriore el poder adquisitivo de la pensión.

Ante la inflación imperante, el Tribunal Supremo se siente responsable y consciente del daño que ocasiona y, con criterio progresivo, en su Sentencia de 31 de octubre de 1960, acepta como válido el pacto establecido por las partes en un contrato de renta vitalicia por el que se prevenían los efectos de la depreciación de la moneda en cuanto al abono de la pensión establecida en dinero, regulándose por el "valor trigo" de acuerdo con su precio o tasa oficial. La argumentación y las bases normativas por las que el Tribunal Supremo admite la cláusula de estabilización "valor trigo" en el contrato de renta vitalicia —según queda expuesto al principio—, fundamentalmente, son: a) El haberse ya reconocido estas cláusulas por la propia Sala del Tribunal Supremo en otras sentencias; b) El no ir contra lo dispuesto en las leyes de circulación forzosa de la moneda ya que no suprime el pago en moneda papel de curso legal; c) El tratarse de un pacto simple rectificador del nominalismo que se limita a tomar en cuenta el valor adquisitivo del dinero; d) El estar perfectamente justificado en unos pensionistas que, para asegurarse la

(12) BÉCHADE, *Les majorations de rentes viagères et perpétuelles constituées entre particuliers*. Paris, 1959, pp. 9 y 14.

(13) VALLET DE GOYTISOLO, *La antitesis inflación-justicia*, cit., p. 562.

pensión como único medio de vida, prevén las contingencias de la depreciación monetaria.

a) El Tribunal Supremo reconoce las llamadas "cláusulas de estabilización" —según él mismo recuerda, SS. 29 abril y 23 noviembre 1946, 9 marzo 1947, 9 enero 1950 y 28 noviembre 1957— y ello porque no contradicen ley alguna. Efectivamente, en el ordenamiento jurídico español no existe una ley de alcance público o privado que concretamente prohíba las cláusulas de estabilización; antes bien, son reconocidas expresamente por normas de Derecho positivo, como sucede para el ámbito hipotecario (artículo 219 del Reglamento Hipotecario de 1959) (14) y, posteriormente, de una manera implícita en el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 cuando admite "otro sistema de actualización" pactado de la renta (15). La misma Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942 (art. 3) adopta una modalidad, la cláusula de escala móvil "valor trigo", para el pago de la renta.

b) Además, cuando el Tribunal Supremo afirma que las cláusulas de estabilización no van contra lo dispuesto en las leyes de circulación forzosa de la moneda tiene plena razón, pues la Ley de 9 de noviembre de 1939 lo único que dispone es que los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio; es decir, que los billetes bancarios emitidos a partir de esta fecha pasan a tener la categoría de "moneda" de curso legal, ya que anteriormente no la tenían, aunque prácticamente viniesen usándose como dinero, pues podían recusarse por el acreedor y exigir como medio de pago monedas de plata (SS. 18 diciembre 1876, 23 abril 1929). Esta Ley lo que hace es introducir, justamente, un nuevo tipo de moneda, el "papel-moneda" que, desde entonces, poseerá todas las características del dinero de curso legal y con pleno poder liberatorio. Pero no dice nada más ni tiene necesidad de decirlo, ya que cualquier acto de los particulares para evitar sus pagos con dicho papel-moneda sería nulo, dado el carácter imperativo que tiene esta norma. En cambio, cuando las partes pactan una cláusula de estabilización en sus obligaciones pecuniarias no tratan de eludir el pago en billetes de banco, sino que lo pretendido por ellas es elevar la cuantía del precio, renta o pensión del inicialmente señalado, de modo que los pagos sucesivos se actualicen conforme al nuevo poder adquisitivo del dinero, para lo cual eligen un producto económico sensible a los cambios de su valor reflejados en el índice correspondiente al nivel medio de vida (ob-

(14) Cfr. BONET CORREA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en "Revista de Derecho Notarial", XXIX-XXX (1960), páginas 43 ss.; MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 392-393 (1961), pp. 273 ss.; MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las cláusulas de estabilización en los préstamos hipotecarios*, en "Estudios de Derecho Privado", I (Madrid, 1962), pp. 553 ss.

(15) Cfr. RAJOY, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVI-4 (1973), pp. 1027 ss.; BONET CORREA, *Arrendamientos urbanos con renta actualizada*. Pamplona, 1974.

tenido por el Instituto Nacional de Estadística), en un bien de valor rentable o adecuado (el oro, el trigo, etc.) y hasta el valor basado en las mismas monedas fuertes (monedas extranjeras), con el fin de que haya una adecuación entre sus precios y los de la renta o pensión; lo que las partes consiguen con las cláusulas de estabilización es obtener una mayor o menor cuantía de dinero, es decir, la correspondiente para compensar la pérdida o el exceso del poder adquisitivo de la cuantía inicial, pero siempre pagadera, esa cuantía, en papel-moneda de curso legal.

c) Al afirmar el Tribunal Supremo que una cláusula de estabilización es un "pacto simple rectificadora del nominalismo", viene a admitir, "a sensu contrario", que dicho principio nominalista es recogido por nuestro ordenamiento como tal principio general, si bien susceptible de ser excepcionado o rectificado por las partes en sus obligaciones pecuniarias. Este criterio interpretativo del principio nominalista, en cuanto a las obligaciones pecuniarias del ordenamiento positivo español, se confirma tanto en su ámbito del Derecho público, como del Derecho privado, pues, ni el ordenamiento propiamente monetario (Ley de Ordenación Bancaria, legislación de control de cambios, etc.), ni en los Códigos civil y de comercio este principio nominalista queda impuesto de un modo preceptivo (arts. 1.170 y 312, respectivamente); al haberse aceptado el principio nominalista de una manera general e implícita para las obligaciones pecuniarias, siempre cabe a los privados derogarlo en el sentido de pactar un criterio valorista (16), sin que sus actos sean contrarios a lo dispuesto en las leyes y dentro de los márgenes de validez que se reconocen al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil). Ante las alteraciones monetarias, las partes contratantes tienen dos opciones: convenir una suma o cuantía de moneda determinada, ateniéndose a la certeza y seguridad que ello implica, conociendo sus riesgos y aleatoriedad del valor del dinero, o pactar una cláusula estabilizadora del valor del precio, renta o pensión de la prestación pecuniaria, con lo cual, su determinabilidad depende "a posteriori" del valor alcanzado por el índice económico con el que se pone en relación. Dado que el precio de una obligación pecuniaria puede estar inconcreto, siempre que sea determinable (arts. 1.447 y 1.448 del Código civil), o concretado por una simple operación aritmética, las cláusulas de estabilización están de acuerdo con lo dispuesto por las normas esenciales de la contratación (arts. 1.261 y 1.273 del C. c.).

d) Por último, el Tribunal Supremo matiza el carácter alimentario o asistencial de la prestación pecuniaria en la renta vitalicia, al referirse a "la pensión como único medio de vida", la cual, al resultar disminuida por la depreciación monetaria en cuanto a su poder adquisitivo, deja de asegurar el sustento necesario para unos pensionistas. Bastaría esta faceta vital y genuina de la renta vitalicia para justificar el pacto de las partes que deroga los efectos del principio nominalista y los sustituye por los de un criterio valorista en cuanto a la transformación de la

(16) Cfr. BONET CORREA, *Metalismo, nominalismo, valorismo en las deudas de dinero*, en "Revista de Derecho Notarial", XCI (1976), pp. 11 ss.

deuda pecuniaria en una deuda de valor, como es el efecto de la cláusula de estabilización "valor trigo" establecida en su contrato, sin que pueda apreciarse el menor rastro especulativo respecto a su pacto y a su finalidad operativa.

El Tribunal Supremo, al reconocer la validez de las cláusulas de estabilización pactadas por las partes en sus contratos pecuniarios, está realizando una labor correctora y de equidad ante las graves alteraciones monetarias. No es argumento suficiente el de aquellos autores que ven una ventaja en estas cláusulas para quienes prevén las contingencias de la inflación frente a los que no acuden a ellas. Un brocardo tradicional nos recuerda que, en el mundo del Derecho, las normas se han dado para los que están vigilantes y que la dejadez, la incuria y hasta la ignorancia son imputables a la propia responsabilidad; no hay ventaja, es simple previsión y previsión correctora de una injusticia como es la provocada por la quiebra de los valores conmutativos recíprocos sobre una base de fiducia en la unidad de los valores patrimoniales como es la moneda. La injusticia, y muy grave, es que se tolere por el Estado la inflación, el que unas partes se beneficen a cuenta de las otras como consecuencia de ella y que ciertas instancias hasta impidan las cláusulas estabilizadoras como ilegales (17), cuando nuestro ordenamiento, si algo ha hecho o dicho respecto de ellas, es para proclamar su reconocimiento expreso o implícito.

JOSÉ BONET CORREA

(17) La Dirección General de los Registros las rechaza como no inscribibles para los préstamos hipotecarios (Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952 y 12 de septiembre de 1972), cfr. CÁNOVAS COUTIÑO, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 290-291, (1952), pp. 584 ss.; CARRETERO GARCÍA, *Comentario*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 494 (1973), pp. 170 ss.; CHICO ORTIZ, *Consideraciones críticas*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXVIII-1 (1975), pp. 242 ss.

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS, Juan CADARSO PALAU, Jorge CAFARENA, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCÍA CÁNTERO, José PERÉ Y RALUY y Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

I. DERECHO CIVIL

Parte general.

1. EL ERROR COMO CAUSA DE INVALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO: REQUISITOS: *Si bien es cierto que el error constituye causa invalidatoria del consentimiento no lo es menos que para que tal efecto se produzca es indispensable que el mismo sea sustancial —SS. de 1 julio 1915, 31 diciembre 1916 y 16 diciembre 1923— no imputable al que lo alega en su favor —SS. de 21 octubre 1932, 16 diciembre 1957—, que derive de hechos desconocidos del que lo prestó —S. de 16 diciembre 1944— y sin que sea suficiente que pudiera evitarse mediante el empleo de una regular diligencia —S. de 14 junio 1943—, correspondiendo la apreciación de la existencia de estos requisitos a los Tribunales de instancia —SS. de 5 marzo 1960, 10 octubre 1962, 2 marzo 1965 y 31 marzo 1966—. (Sentencia de 7 de abril de 1976; no ha lugar.)*

2. NULIDAD RADICAL O INEXISTENCIA: APLICABILIDAD DE LOS EFECTOS RESCISIVOS CONTEMPLADOS EN EL ART. 1.303 DEL C. C.: *Los efectos secundarios de la estimación de una causa de anulabilidad, previstos en el art. 1.303 del C. c., son aplicables a la declaración judicial de inexistencia o nulidad radical de un contrato, bien de manera directa, al modo, como, entre otras lo hicieron las Sentencias de 22 de junio de 1931 y 1 y 10 de noviembre de 1966, bien por la aplicación analógica del mismo.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: APLICACIÓN DE LA DOCTRINA REFERIDA AL COBRO DE LO INDEBIDO: EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD: *En cuanto a la obligación originada por el enriquecimiento sin causa, los fundamentos tenidos en cuenta para el caso particular del cobro de lo indebido en las Sentencias de 23 de diciembre de 1903 y 20 de mayo de 1959, se pueden generalizar al enriquecimiento injusto y entender, con arreglo a ellos, que no es aplicable a éste el principio general de la mancomunidad simple de las obligaciones, ya porque no cabe pacto alguno en obligaciones que no tienen su fuente en la convención, ya también porque la naturaleza del enriquecimiento sin causa impone*

la necesidad del total reintegro al empobrecido, en cuanto sea dable, sustrayéndole de las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse, contingencias que deben recaer, en todo caso, sobre los que se enriquecieron tortíceramente a costa ajena. (Sentencia de 8 de abril de 1967; ha lugar.)

3. SIMULACIÓN DE COMPRAVENTA: CAUSA FALSA: EFICACIA DEL CONTRATO: *Habiendo afirmado la sentencia recurrida que era nula la compraventa celebrada, puesto que la voluntad de las partes fue utilizar la figura aparente de tal contrato por medio, que estimaron el más adecuado, para instrumentar el verdadero propósito de llevar a cabo el acuerdo de un laudo arbitral tendiente a una partición equitativa de los bienes relictos de una herencia, no puede enjuiciarse la escritura pública alegada como una auténtica compraventa ni, en consecuencia, cabe declarar su nulidad por falta de precio, porque no constituye en este caso el precio la causa del contrato, pues conforme a lo dispuesto en el art. 1.276 del C. c. la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad sólo en el caso de que no se probase que estaban fundadas en otra verdadera y lícita, como en el caso de autos se acredita y la tiene por probada la sentencia recurrida por los antecedentes y circunstancias de hecho, puesto que obligados por el arbitraje a que se habían sometido y que les había impuesto la obligación de otorgar los documentos que estimasen necesarios para llevarlo a efecto, acudieron a esta simulación relativa que no es ilícita en sí misma, sino moral y justa como lo es la entrega de los bienes adjudicados al heredero, sabido es que la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado y que es eficaz para la realización del fin buscado por las partes.*

NATURALEZA DE LA SENTENCIA: *Conforme a lo dispuesto en el art. 372 de la LEC, toda sentencia viene a ser un silogismo en el que las premisas están constituidas por unos hechos resultantes de las pruebas aducidas y por los preceptos legales en que tales hechos se subsumen para llegar a una conclusión o fallo, y en su virtud es lógico que será inadmisibles la impugnación de una sentencia por el recurso de casación por infracción de ley si no arranca su razonamiento de la premisa de hecho establecida, o no se demuestra, por la vía adecuada, el error sufrido por la sentencia por una apreciación impropcedente de la prueba.* (Sentencia de 25 de febrero de 1976; no ha lugar.)

4. SIMULACIÓN ABSOLUTA: DIFICULTAD DE LA PRUEBA: PRESUNCIONES: *A pesar de la dificultad de la prueba, en casos de simulación, que generalmente obliga a acudir a la de presunciones, en el caso de autos aparecen pruebas suficientes que, apreciadas en su conjunto, permiten obtener la convicción, que la prueba de presunciones únicamente corrobora, de que el causante de las demandadas adquirió la finca mediante documento privado, de lo que se desprende que la escritura pública posterior a favor del referido causante y sus hijos y demandados fue absolutamente simulada y, por tanto, nula.*

SIMULACIÓN ABSOLUTA: FALTA DE INTERÉS DEL RECURRENTE: *Estimada la validez del contrato de compraventa formalizado en documento privado, y consecuentemente, la simulación de la llevada a cabo en escritura pública,*

con la conseqüente condena de aportación por mitad, a las herencias yacentes de los causantes don F. A. A. y doña E. M. P., hermana del recurrente, cuyo interés se justifica precisamente en su condición de heredero de ésta, por lo que sí, como es doctrina de este Tribunal, donde no hay interés no hay acción, debe ser desestimado el único motivo, tendente a anular, por no reunir los requisitos legales para su validez, aquel referido contrato de compraventa de cuya validez precisamente se hacía depender y legitimaba su intervención en los autos. (Sentencia de 25 de octubre de 1975; no ha lugar.)

5. **DESETIMACIÓN DEL RECURSO POR DEFECTO DE FORMA:** *Se contraviene lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como también se produce con vaguedad, al no expresar con precisión los distintos preceptos del Código Civil, todo lo cual le hace incidir en el vicio de inadmisión del artículo 1.729, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

ACTOS PROPIOS: *Para que pueda aplicarse el principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos" es preciso que el demandado conozca las causas de simulación. (Sentencia de 18 de febrero de 1976; no ha lugar.)*

HECHOS: Compraventa que encubre una donación en fraude de la legítima.

Es importante señalar que los recurrentes alegaron que el Tribunal "a quo" no había interpretado correctamente el artículo 35 de la Ley Hipotecaria (usucapión secundum tabulas). Sostenían que la inscripción en el Registro de la Propiedad suplía al justo título "ad usucapionem".

El Tribunal Supremo no examinó esta interesante y debatidísima cuestión por defecto de forma en la interposición del recurso.

Derechos reales

1. **ACCIÓN REIVINDICATORIA; REQUISITOS; PRUEBA; VALOR DE LA CONFESIÓN:** *Al disponer el art. 1.232 C. c. que la confesión hace prueba contra su autor —corroborando lo establecido en el art. 580, pár. 3.º, LEC— y ordenando el art. 1.233 de dicho Código que la confesión no puede dividirse contra el que la hace, es evidente que el juzgador de instancia estaba obligado a otorgar a la confesión del actor el valor y eficacia que equallas normas le confieren, por lo que al reconocer el actor que él no era dueño exclusivo del local litigioso que reclamaba como único y exclusivo propietario, el Tribunal de instancia venía obligado a proclamar como afirmación fáctica precisa para su fallo ese reconocimiento, y al no hacerlo así ha conculcado dichas normas al obligado acatamiento en la apreciación probatoria.*

TÍTULO DE PROPIEDAD: *Al ejercitar la acción reivindicatoria el actor tiene que probar plenamente su título de dominio, y en el caso presente aquél ha reconocido no ser propietario único del inmueble que para sí reivindica, y, además, no ha demostrado obrar en nombre de la sociedad o comunidad propietaria, por lo que no podrá ejercitar con éxito la acción intentada. (Sentencia de 12 de abril de 1976; ha lugar.)*

2. DEFECTO FORMAL EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *Por no citar la disposición que se supone infringida (art. 1.720 y 1.729 4.º LEC).*

ARMONÍA DEL FALLO: *"Para que la contradicción pueda ser relevante y apreciada tiene que implicar una falta de lógica a causa de que los diversos pronunciamientos del fallo propiamente dicho sean incompatibles entre sí, de tal modo que imposibilite su aplicación."*

¿ CUESTIÓN NUEVA: *La cuestión nueva tiene vedado su acceso a la casación civil por imperativo de lo dispuesto en el art. 1.729-5.º de la LEC que en el presente trámite es causa de desestimación.* (Sentencia de 19 de enero de 1976; no ha lugar.)

HECHOS: Contrato (en documento privado) en el que se conviene por ambas partes el compromiso de participar al 50 por 100 en los gastos y beneficios resultantes de la compra de un solar, edificación y venta de sus pisos, encargándose uno de ellos recurrente) de la actuación con terceros.

NOTA: La cuestión referente a la naturaleza del contrato celebrado (sociedad) que a su vez entronca con la problemática distinción entre comunidad y sociedad no es abordada en esta ocasión por el T. S., ya que rechazó los motivos a ella referentes por cuestiones de forma. Sin embargo, de los considerandos segundo y tercero se podría deducir que en este caso nuestro más alto tribunal optó por la comunidad y no por la sociedad.

3. ACRECIMIENTO EN EL USUFRUCTO: *No obsta a que tenga lugar el derecho de acrecer entre usufructuarios sobrevivientes la circunstancia de que los usufructuarios fallecidos muriesen antes que el testador, a pesar de lo dispuesto en el artículo 982, 2.º, del Código civil, porque entre usufructuarios existe un derecho de acrecer especialísimo, y es el establecido en el artículo 521 del Código civil.*

USUFRUCTO SUCESIVO: *El artículo 521 del Código civil se refiere tanto al usufructo sucesivo como al usufructo simultáneo.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *No son auténticos a efectos de casación los mismos documentos que el juzgador examinó y tuvo en cuenta al emitir su fallo.* (Sentencia de 9 de abril de 1976; no a lugar.)

HECHOS: Usufructo sucesivo sobre bienes inmuebles y acrecimiento entre los usufructuarios sobrevivientes.

Obligaciones y contratos.

1. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: NO CONTENER EL FALLO: DECLARACIÓN SOBRE UNA EXCEPCIÓN: *Siempre que se estime la acción ejercitada en la demanda ha de entenderse por este mero hecho, desestimadas las excepciones opuestas por el demandado, a menos que hayan sido objeto de reconvención.*

CONTRATO CIVIL O ADMINISTRATIVO: *Es contrato de carácter civil cuyo contenido es la transmisión de la propiedad de unas aguas privadas y no la realización a través del mismo de una obra o servicio administrativo, cualquiera que fuera la utilización posterior de las aguas una vez transmitida su propiedad.*

RATIFICACIÓN DEL CONTRATO: *La conducta inmediatamente posterior del Ayuntamiento tomando posesión de las aguas convalidaría al menos tácitamente aquel acuerdo o contrato.* (Sentencia de 30 de abril de 1976; no ha lugar.)

El alcalde presidente de un Ayuntamiento pacta verbalmente la compra de unas aguas privadas con la finalidad de realizar una nueva traída de aguas al municipio. Inmediatamente después de este pacto el Ayuntamiento inicia las obras. Al ser condenado el Ayuntamiento a pagar el precio estipulado, alega que el alcalde no había sido autorizado por la Corporación para efectuar la compra.

2. OBLIGACIONES SOLIDARIAS: SOLIDARIDAD TÁCITA: *Para que una obligación tenga el carácter de "solidaria" no es preciso usar de tal expresión si de su texto se infiere la solidaridad y puede deducirse de la voluntad de los contratantes que fue la de crear una unidad en la obligación y la responsabilidad "in solidum" de los cointerestados; en el presente caso, reconocidas las relaciones jurídicas entre ambas partes y la asociación de los demandados con el uso de los nombres comerciales que invocan, fluye con evidencia una voluntad coincidente de solidaridad en el cumplimiento de sus obligaciones.* (Sentencia de 16 de marzo de 1976; no ha lugar.)

Se reitera una doctrina muy conocida que se contiene, entre otras, en las SS. de 1.º diciembre 1891, 8 julio 1915, 11 febrero 1927, 22 marzo 1950, 12 noviembre 1955, 23 junio 1956, 19 febrero 1959, 2 junio 1960, 23 febrero 1962, 22 octubre 1964, 11 mayo 1968 y 19 noviembre 1970, y que inicialmente fue expuesta por los anotadores de Enneccerus (vide *Derecho de Obligaciones*, II, 1.º, 2.ª ed., p. 451) y se ha continuado por otros autores (vide ALBALADEJO, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en *ADC*, 1963, p. 347; SANCHO REBULLIDA, *La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos*, en *Homenaje a Castán Tobeñas*, III, p. 571 ss.). Puede presentar alguna dificultad la terminología a utilizar en el caso de la solidaridad derivada por vía de interpretación de la intención de las partes, ya que el T. S. tiene declarado con reiteración que "la solidaridad no se presume y precisa declaración expresa" (así, por ejemplo, S. de 26 noviembre 1966), por cuyo motivo no podrá hablarse propiamente de "solidaridad presunta". Parece correcto calificar tal supuesto de "solidaridad tácita" como sugiere Castán Tobeñas (cfr. *Derecho español, común y foral*, III, 11 ed., Madrid, 1974, p. 120). G. G. C.

3. ACCIÓN POR SIMULACIÓN CONTRA COMPRADOR Y VENDEDOR: COMPETENCIA: SOLIDARIDAD PROCESAL: *La solidaridad o mancomunidad entre diversos demandados, residentes en pueblos diferentes, que permite al demandante el derecho*

de elección que regula el párrafo 2.º del artículo 62 LEC, no es sólo la de naturaleza sustantiva nacida, con amparo en los artículos 1.137 ss. C. c., de vínculos contractuales preexistentes, sino también la solidaridad procesal que nace, a efectos de competencia, del ejercicio de la acción, por imperativo de los principios generales que rigen el proceso, permitiendo la aplicación, por analogía, de la regla que se examina.

IDENTIDAD DE LA "CAUSA PETENDI" RELATIVA A LA NULIDAD DEL CONTRATO: *La acción iniciada por los actores iba encaminada a solicitar la nulidad por simulación absoluta de un contrato de compraventa de un bien inmueble, dirigiéndose la pertinente acción personal—sin constancia alguna de otra jurisdicción prevalente—contra el vendedor y el comprador, en el domicilio elegido por el actor que coincidía con el del Partido Judicial en que se celebró el contrato, donde estaba radicado el inmueble y en el que constaba su inscripción registral; fuero al que se allanó expresamente uno de los demandados; todo lo cual evidencia una identidad de causa de pedir que justifica la solidaridad procesal correspondiente, puesto que lo que real y verdaderamente se postula es la referida nulidad del pacto contractual en que están implicadas ambas partes.* (Sentencia de 21 de febrero de 1976; no ha lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma.)

La doctrina civilista al estudiar la simulación de los negocios jurídicos no acostumbra a aludir a las implicaciones procesales de la acción. Una excepción la representa DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 356 ss.). La sentencia extractada configura como un supuesto de solidaridad procesal nacido de la identidad de *causa petendi*, la situación de los que intervienen en la compraventa como comprador y vendedor, permitiendo la aplicación analógica de la regla contenida en el párrafo 2.º del artículo 62 LEC. G. G. C.

4. COMPRAVENTA DE FINCA ENTRE EXTRANJEROS: PAGO DEL PRECIO EN MONEDA EXTRANJERA: INCUMPLIMIENTO: PRÓRROGA DE PLAZO: INEXISTENCIA DE NOVACIÓN: *No aparece por ningún lado un manifiesto animus novandi, cuya existencia y demostración es requisito esencial de la novación según reiterada jurisprudencia, la cual también ha declarado, a propósito del artículo 1.204 C. c., que las modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente se introduzcan en ella, no producen el efecto de extinguirla por novación.*

RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *La sentencia recurrida declara rotundamente que la obligación estaba vencida, que era exigible desde luego, y que había una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del comprador, sin que haya sido destruida esta premisa del fallo, por lo que aparece bien decretada la resolución según el artículo 1.124 C. c.* (Sentencia de 26 de enero de 1976; no ha lugar.)

La sentencia sigue la corriente mayoritaria de entender admitida la novación modificativa al amparo del artículo 1.204, sin aceptar las razones de un sector doctrinal que niega tal categoría (vide SANCHO REBULLIDA, *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, p. 302 ss.). Para esta última orientación la modificación de las obligaciones tiene su sede conceptual junto a la origi-

nación, transmisión y extinción de las obligaciones, y su base legal en el artículo 1.255 C. c. (op. cit., p. 307 ss.). Véase, no obstante, referencias jurisprudenciales recientes sobre novación modificativa en CASTÁN, III, 11 ed., Madrid, 1974, p. 387 s.

En el caso concurre la circunstancia de ser extranjeras ambas partes contendientes, pues la vendedora es de nacionalidad belga y el matrimonio comprador, él de nacionalidad argentina y ella sueca, habiéndose fijado el precio de la casa en francos suizos. En el recurso no se plantea en ninguno de los motivos la posible nulidad del contrato por tal razón, por lo que habrá que concluir que se trataba de una cláusula del tipo "valor moneda extranjera", que sirvió a la vendedora para precaverse contra el riesgo de una devaluación de nuestra divisa, y cuya validez se admite generalmente.

5. NOVACIÓN: NO LA PRODUCE UN CONTRATO NULO: *No da lugar a una novación fundada en los artículos 1.203 y 1.204 del C. c. un contrato cuya nulidad se ha declarado, sin impugnación eficaz en el recurso.*

CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: NO CABE FUNDARLA EN PRECEPTOS PROCESALES: *Nunca pueden fundarse recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de los artículos de la ley de injuiciar que sólo contengan preceptos de carácter puramente procesal, como son los artículos 533-1 y 156 LEC.*

INCONGRUENCIA: *Es preceptivo citar el concepto en que se ha infringido el artículo 359 LEC.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS NO AUTÉNTICOS: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN SU CONJUNTO: *Es impróspera la denuncia de error de hecho en la apreciación de las pruebas basado en documentos que no tienen el carácter de auténticos en casación por haber sido objeto de examen, apreciación e interpretación por el Tribunal "a quo", aparte de que cuando ha sido apreciada la prueba en su conjunto no cabe descomponerla en sus elementos integrantes para dar a alguno de ellos una fuerza predominante. (Sentencia de 24 de febrero de 1976; no ha lugar.)*

6. COMPRAVENTA DE FINCA: OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE DESVIAR LÍNEA ELÉCTRICA: INCUMPLIMIENTO: DAÑOS Y PERJUICIOS: *No se discute la existencia, o no, de una servidumbre en la finca vendida, sino el cumplimiento de una obligación que contrajo libremente la demandada en un documento privado complementario de la declaración que hizo en la escritura pública de venta, según la cual la finca se hallaba libre de servidumbre en favor de la Compañía Eléctrica propietaria de una línea de alta tensión que cruzaba aquella, comprometiéndose a realizar las gestiones necesarias para que tal línea fuese desviada hacia la linde de la finca paralela a su actual instalación; como dice la sentencia recurrida, tal conducta debió cumplir la demandada hasta sus últimas consecuencias, ya se tratara de una servidumbre o de un acto de mera tolerancia de la vendedora, lo que no verificó, no obstante los requerimientos que se le hicieron por la actora, lo que origina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios. (Sentencia de 20 de abril de 1976; no ha lugar.)*

Pese a que la escritura contenía la habitual cláusula de hallarse la finca "libre de cargas" no se está en el caso de aplicar, por ejemplo, el artículo 1.483 C. c., pues la existencia de la línea de tendido eléctrico era bien aparente, tanto que la parte vendedora se comprometió a desviarla. Ante el incumplimiento de esta obligación accesoria, el comprador realizó los trámites oportunos con la empresa eléctrica, reclamando en este juicio la indemnización correspondiente.

6. DOLO INCIDENTAL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: JUSTIFICACIÓN DE LOS MISMOS; CONTRATOS DE PERMUTA: *Para que pueda ser aplicable el párrafo 2.º del artículo 1.270 del C. c., es necesario demostrar que se dan todos los supuestos de hecho que dicha norma exige para ser actuada, el principal de los cuales consiste en que se haya acreditado la realidad de los perjuicios que se invocan, aunque no se precise la determinación de su cuantía.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: IMPUGNACIÓN: *Cuando la parte recurrente no demuestra que sea ilógica o arbitraria la exégesis que de los pactos hizo la sentencia recurrida, esta exégesis tendrá que prevalecer.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1975; no ha lugar.)

7. LIQUIDACIÓN DE CUENTAS; PRUEBA: VALOR DE UN PROYECTO DE ACUERDO MECANOGRAFIADO EN EL DOMICILIO DEL DEMANDADO: *Del hecho de estar mecanografiado en el domicilio del demandado un proyecto de arreglo, que hubiera puesto fin a la contienda entre los litigantes en lo relativo a la liquidación de cuentas, no puede deducirse la conformidad de aquél con las cifras que en dicho documento se consignan.* (Sentencia de 2 de abril de 1976; ha lugar.)

Se trata de una abusiva aplicación de la prueba de presunciones hecha por la sentencia de la Audiencia, que confirmó la del Juzgado. A mayor abundamiento el T. S. invoca el resultado de la prueba testifical, consistente en la deposición de un solo testigo, de la que deduce consecuencias opuestas a las aceptadas por la sentencia recurrida.

8. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Para interpretar los contratos hay que atenderse, de modo racional, a los hechos anteriores y coetáneos en relación con la conducta y relaciones sociales y de intereses entre los contratantes, a la vez que a la literalidad de los términos de sus cláusulas.* (Sentencia de 6 de mayo de 1976; no ha lugar.)

HECHOS: Contrato de compraventa con cláusula en la que se establece que el comprador se subroga en la posición del vendedor respecto a los tratos y compromisos de éste para con sus arrendatarios.

Conviene precisar que en la cláusula mencionada se citaba expresamente el derecho de retorno de los arrendatarios en las nuevas viviendas, pero no el derecho de opción de compra de los mismos sobre éstas, que el T. S. entiende comprendido en la coetilla final de la cláusula: "(el comprador) manifiesta que acepta expresamente la obligación de respetar... todos cuantos tratos que con los mismos (arrendatarios) tiene adquiridos el (vendedor) en los que se subroga expresamente".

9. COMPRAVENTA DE FINCAS; VIVIENDA DE RENTA LIMITADA SUBVENCIONADA PARA USO PROPIO; ERROR SUSTANCIAL: DESCONOCIMIENTO DE CUALIDAD ESENCIAL:

La resolución recurrida declara la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento al desconocer el comprador una cualidad esencial de la cosa vendida, a saber, la de tratarse de vivienda de renta limitada, subvencionada y con destino a uso propio. (Sentencia de 12 de abril de 1976; no ha lugar.)

La S. de 27 octubre 1964 consideró análogamente que era esencial la cualidad de edificable de un solar adquirido para urbanizar y que luego resultó no serlo. Estado de la doctrina española en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967), págs. 108 ss.; CASTÁN TOBEÑAS, III, 11.^a ed. (Madrid, 1974), págs. 454 ss. El T. S. no se pronuncia sobre la dudosa cuestión de si las viviendas de protección estatal están o no dentro del comercio de los hombres, aunque en el recurso se argumenta sobre el tema.

10. CONTRATO DE COMPRAVENTA: APLAZAMIENTO EN EL PAGO: RESOLUCIÓN POR FALTA DE PAGO: *A la vista del art. 1.504 del C. c., relativo a la venta de inmuebles, el comprador no incurre en mora en cuanto al precio aplazado, mientras no haya sido requerido al pago judicial o notorialmente, sin que tenga que entrar en juego el art. 1.466 del mismo C. c., de plena vigencia sólo cuando "no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago".* (Sentencia de 7 de febrero de 1976; no ha lugar.)

11. CONTRATO DE OBRA: NOVACIÓN OBJETIVA: CONSENTIMIENTO PRESUNTO: *Si bien es cierto que la novación objetiva o real a que se refiere el núm. 1 del art. 1.203 del C. c. no se presume (Sentencias de 9 de febrero de 1945 y 11 de febrero de 1965), no lo es menos que el consentimiento de los contratantes para llevarla a efecto puede manifestarse de forma tácita, como sucede siempre que la obligación que sustituya a la antigua sea de todo punto incompatible con ella, contrariándola abiertamente (art. 1.204 y Sentencias de 5 de junio de 1956 y 21 de octubre de 1964)... En el presente caso el Tribunal "a quo" declara acreditado, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, que entre los litigantes se pactó un contrato por el que la entidad actora se comprometió a realizar a favor de la demandada determinados trabajos (eléctricos, de instalación de alumbrado y fuerza motriz) mediante la contraprestación de un precio que, si bien se fijó inicialmente en una suma concreta, hubo de alterarse al introducirse después en la obra variaciones tan esenciales e importantes que casi duplicaron su valor, y estima probado que la variación en la ejecución de la obra primitivamente concertada por los litigantes, se llevó a efecto a la vista, ciencia y paciencia de la entidad demandada, que la recibió en su día, al extremo de aprovecharse de ella y abonar, además, parte del importe de estas modificaciones, por lo que al inferir el Tribunal "a quo" la realidad del consentimiento prestado a través de tales hechos, es indudable que no se incurrió en la vulneración del artículo 1.253 del C. c., puesto que entre aquellas declaraciones fácticas y la deducción a que se llegó existe el enlace preciso y directo que para la estimación de las presunciones exige el indicado art. 1.253.*

NOVACIÓN OBJETIVA: APRECIACIÓN DE LOS HECHOS: *La apreciación de los hechos constitutivos de la novación es facultad privativa de los juzgadores de*

instancia, sin que el uso que de ella hagan sea susceptible de ser censurado en casación, sino a través del núm. 7 del art. 1.692 de la LEC (Sentencias de 26 de enero de 1961 y 5 de marzo de 1965).

PRUEBA DE PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *Según reiterada jurisprudencia, la apreciación de la relación o conexión entre el hecho declarado y el deducido es facultad privativa de los Tribunales de instancia, sin que pueda combatirse en casación la deducción a que lleguen, salvo que sea absurda, ilógica o inverosímil. (Sentencia de 3 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

12. ARRENDAMIENTO DE OBRA: RUINA POR VICIO DEL SUELO: CIMIENTOS: *Cuando los desperfectos de la obra son atribuibles, en parte, a la falta de profundidad de los cimientos, nos encontramos ante "el vicio del suelo" a que se refiere el párrafo 1.º del art. 1.591 del C. c., según declaró ya, para un supuesto similar, la Sentencia de 29 de marzo de 1966.*

ARRENDAMIENTO DE OBRA: RESPONSABILIDAD POR CONSTRUCCIÓN DEFECTUOSA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: *La obligación que el párr. 1.º del art. 1.591 establece no tiene su origen en la voluntad de las partes, sino en la ley, y su contenido expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y del arquitecto, según las causas que den lugar a la ruina de un edificio, es decir, vicios de la construcción, del suelo o de la dirección, por lo que cuando concurren varias de ellas y no se puede discernir con precisión cuál o cuáles influyeron en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada aquella igualdad de la responsabilidad, habrá de tener el carácter solidario que resulta del texto de la propia obligación que la ley establece. (Sentencia de 18 de noviembre de 1975; no ha lugar.)*

La sentencia emplea los siguientes razonamientos: Ciertamente el C. c., en caso de concurrencia de varios deudores en una misma relación obligatoria, sigue la vieja máxima romana de "concurso partes fiunt" que consagra en el artículo 1.137 que establece la regla general de la mancomunidad, no presumiéndose la solidaridad que solamente podrá existir cuando, excepcionalmente, se haya pactado de modo expreso, en contraste con la moderna dirección encaminada a fortalecer los vínculos obligatorios en garantía del crédito, de que son buenos ejemplos el BGB alemán (párrafos 421 y siguientes, especialmente el 427) y el Código italiano de 1942 (art. 1.294), no mencionándose tampoco directamente la posibilidad de que la ley lo preceptuase, a diferencia, asimismo, con lo que para esta hipótesis se dice en la mayoría de los vigentes Códigos extranjeros, como el francés (art. 1.202, párrafo 2.º), portugués de 1966 (art. 513) y federal suizo de las obligaciones (art. 143); pero no es menos cierto, sin embargo, que en el artículo 1.138 se permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo cual es válido tanto para las obligaciones cotractuales como para toda clase de ellas y por supuesto, para las nacidas "ex lege" que determina y posibilita el artículo 1.089, no sólo cuando así se establezca en contrato (cual sucede en los supuestos de los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.748 y 1.890 entre otros) según reconoció con carácter general, la jurisprudencia especialmente en las Sentencias de 28 de marzo de 1949 y 19 de febrero de 1959, sino también cuando su texto autorice a hacer aquella deducción. Doctrina genérica aplicada por la jurisprudencia al supuesto del número 1 del artículo 1.591 en las Sentencias de 5 de mayo 1961, 17 mayo 1967, 1 febrero 1959, que se confirma en el presente fallo.

A esta doctrina no se opone la recogida en otras resoluciones del propio T. S., como son, de un lado, la Sentencia de 19 de febrero de 1959, la cual, con independencia de que al modo antes señalado, admite específicamente la solidaridad además de cuando media pacto expreso cuando así lo establece la ley en sus mandatos, contempló un caso distinto al actual en su planteamiento fáctico, puesto que allí se trató de la exigencia de responsabilidad no frente al arquitecto y el contratista, sino simplemente contra dos constructores con quienes directamente contrató el propietario que efectuaron la obra sin dirección facultativa alguna, y de otro lado la de 12 de mayo de 1970, que se apoya a su vez en la de 20 de marzo de 1893, con supuestos de hecho también diferentes al presente, pues no resultó probada la intervención de los factores por los que responde el arquitecto, el cual, se dijo, como "encargo de la dirección de una obra ejecutada por un contratista, no es solidario de las obligaciones de esto y sólo responde de las privativas de su profesión..., tanto más cuanto que la obra fue comenzada y acabada sin conocimiento de dicho facultativo"; por todo lo cual, la doctrina que es conforme, sin duda, con las más modernas directrices doctrinales y legislativas de "iure condendo" imponentes en la materia, debe ser mantenida.

Arrendamientos especiales.

1. ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR SUPUESTO SUBARRIENDO O INTRODUCCIÓN DE TERCERO: CESIÓN DE SERVICIO DE BAR PARA LOS CONCURRENTES AL ESPECTÁCULO: *La doctrina del T. S., compendida en la Sentencia de 14 abril 1970 afirma que los arrendamientos de bares o servicios asimilados —para el uso exclusivo de los espectadores— no son negocios autónomos especialmente caracterizados por su independencia directa con la explotación de la industria de cinematógrafo en cuyo local se hayan instalado, y han de regirse por la Ley común, pero tal doctrina y la que afirma que la introducción de un tercero sin causa que la justifique y característica que la individualice, debe presumirse como subarriendo, no cabe oponerla a la labor interpretativa del órgano "a quo", por la que éste estimó que en el contrato no se prohibía el específico subarriendo del bar instalado en el cine, ni a la calificación a la que se llega de no ser sino una simple concesión de un servicio accesorio a la industria, dadas las especiales características que en el mismo concurririon y que impide pueda aplicarse la doctrina general citada.*

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: OBRAS DE REFORMA Y AMPLIACIÓN DE LA CABINA DE PROYECCIÓN: *No procede la resolución por obras de cambio de configuración si, tras reconocerse en la Sentencia recurrida la realización de obras de reforma y ampliación de la cabina de proyección, se dice que tales obras no cambiaron la forma de la cosa arrendada, y que, por otra parte, en el contrato de arriendo, se autoriza al arrendatario a realizar tal tipo de obras al decirse que "los pagos que haga el arrendatario por razón de reparaciones, reposiciones, instalaciones y modificaciones requeridas y por el material complementario que para su conveniencia se introduzcan en la cosa, han de ser de su propia cuenta, quedando toda mejora, al término del contrato, en beneficio de la propiedad" (Sentencia de 15 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

NOTA: Es altamente satisfactorio el amplio criterio que muestra la Sentencia del T. S. al abordar la primera de las causas de resolución esgrimidas,

tanto más si se advierte el abierto contraste de la misma con el de tantas resoluciones del mismo Tribunal que extendieron a límites inverosímiles el juego de la causa resolutoria por "uso por un tercero" de la cosa arrendada. Es deseable que nuestro más alto Tribunal continúe en su línea "aperturista", pero en tanto no se afiance y consolide dicha directriz, será siempre recomendable la máxima cautela por parte de los arrendatarios al formalizar los contratos de arriendo, y la inclusión, en los mismos, de la facultad de ceder a terceros a la explotación de pequeños negocios autónomos, como el contemplado en la Sentencia anotada.

J. P. R.

2. CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS; CALIFICACIÓN DISCORDANTE CON LA DENOMINACIÓN DADA AL CONTRATO POR LAS PARTES: *Al decir la ley, que para interpretar los contratos, hay que atenerse al sentido literal de sus cláusulas, no quiere decir, ni mucho menos, que los Tribunales, al interpretar los contratos, tengan que atenerse forzosamente al nombre que le den los contratantes.*

ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO CALIFICADO POR LAS PARTES, COMO TRASPASO: *Si la parte arrendadora —propietaria de unas galerías comerciales— exigió como prima o condición indispensable y previa a la firma del contrato de arriendo de un puesto de 10 metros cuadrados de extensión, en las Galerías Comerciales, la cantidad de 300.000 pesetas, firmándose, al cabo de trece días, entre ambas partes, el contrato de arrendamiento de local de negocio, consistente en el de una nave de dichas galerías, el contrato debe calificarse como de arriendo de local de negocio, aunque en el contrato previo referente a la prima a satisfacer se hablara de traspaso, ya que lo convenido entre las partes no encaja dentro del concepto de traspaso, porque no había existido instalación anterior de industria, sino prima o prestación previa para optar al contrato de arriendo.*

PERCEPCIÓN DE PRIMA POR EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *El cobro de prima o prestación previa para optar al contrato de arrendamiento no es ilegal cuando de arrendamiento de local de negocio se trata, sobre todo, cuando cumplida aquella prestación se otorgue al arrendatario el local ofrecido. Para poder optar a un contrato de arrendamiento, la Ley, cuando de locales de negocio se trata, no pone ningún obstáculo, a diferencia de cuando se trata de viviendas, para cuyo caso el art. 23 de la LAU lo prohíbe. (Sentencia de 6 de abril de 1976; no ha lugar.)*

Comentario: Ningún reparo suscita la doctrina de la anterior Sentencia en cuanto al análisis de la cuestión central planteada y la solución dada a la misma; pero no puede dejarse pasar la ocasión sin señalar las graves consecuencias que el confusionismo terminológico habitual en nuestra praxis arrendaticia puede acarrear, sobre todo cuando la desaprensión de ciertas empresas constructoras y arrendadoras de locales concurre, como es habitual, con la inexperiencia y falta de conocimientos jurídicos de esa pléyade de pequeños comerciantes que sin los debidos —y siempre costosos— asesoramientos, concierta contratos sin una real perspectiva del alcance de los mismos. Cierto es que los negocios jurídicos son, en función del cuadro obligacional aplicable a los mismos en razón de sus elementos reales, personales y forma un contrato —por la parte dominante desde el punto de vista socioeconómico—, una denominación impropia, puede inducir a la parte contractualmente débil a

perfeccionar un contrato de alcance y contenido distinto del que realmente quería celebrar. En efecto, en modo alguno puede calificarse como "traspaso" el contrato por el que el propietario de un local cede a un tercero el uso del mismo o el negocio en él instalado, ya que tal contrato será o un arriendo de local de negocio de la LAU o de cosa del Código civil, o de industria, en tanto que el traspaso es una cesión de contrato tipificada en cuanto a locales de negocio por la LAU, por el que el arrendatario de uno de tales locales cede su derecho arrendaticio a un tercero. Hablar como tantas veces se habla de *traspaso* en casos como el enjuiciado en la Sentencia anotada es un dislate jurídico, pero un dislate que, dado el contenido que vulgarmente se atribuye a la palabra *traspaso*, puede hacer creer al incauto arrendatario que ha de recibir algo más que el derecho arrendaticio puro y simple del local. Por otra parte, la lamentable inexistencia de una norma que declare ilícita —aunque sólo sea en el campo civil—, toda exacción de prima por la celebración de arriendo con derecho a exigir la restitución de lo abonado por tal concepto deja prácticamente inerte al arrendatario que abona tales primas creyendo adquirir bastante más de lo que realmente adquiere. Baste señalar que, en el caso en cuestión, el arrendatario se comprometió a pagar en concepto de traspaso de un local de 10 metros cuadrados en unas galerías comerciales del cinturón de Madrid, 330.000 pesetas, y para montar su negocio tuvo que instalar desde el contador de agua a la instalación eléctrica y solicitar del Ayuntamiento la licencia de apertura. Es evidente que aun reconociendo la absoluta corrección de la decisión judicial algo falla en nuestra praxis jurídica.

J. P. R.

3. DISTINCIÓN ENTRE ARRIENDO DE INDUSTRIA Y ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Si lo cedido por el arrendador fue una industria de planchistería que el actor venía explotando junto con un taller mecánico, relacionándose en el contrato una serie de máquinas y herramientas propias para el arreglo de carrocerías; si el arrendatario confiesa que al tomar posesión de la industria la recibió inmediatamente en situación de ser explotada, pendiente sólo de trámites administrativos de titulación, y si la prueba, en conjunto, acredita que, con anterioridad al contrato, el arrendador tenía clientes que llevaban a reparar carrocerías a su taller y sin que la realización de determinadas obras desvirtúen la realidad de la persistente unidad patrimonial con vida propia y en funcionamiento y sin que —en afirmación del "órgano a quo"— haya que atribuir al pacto frecuente de la cesión de la industria sin operarios, la significación de la inexistencia de la mencionada actividad empresarial creada por el arrendador y más tarde cedida al arrendatario, la calificación correspondiente al arriendo es de industria y no de local de negocio.* (Sentencia de 26 de marzo de 1976; no ha lugar.)

4. CESIÓN DE DERECHOS ARRENDATICIOS A COARRENDATARIO; CONCEPTO DE TERCERO: RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Negado por el órgano "a quo" que el actor hubiese probado "ser un tercero adquirente, mediante precio, del local de negocio" y negada, por consiguiente, la existencia de precio en la cesión habida entre los después litigantes, es indiferente que el recurrente mereciese o no el concepto de tercero a efectos de lo prevenido en el artículo 29 de la LAU. No tratándose de un traspaso, en el sentido legal de la expresión, no puede acusarse la violación, por no aplicación del artículo 32 de la LAU, relativo al traspaso.* (Sentencia de 1 de marzo de 1976; no ha lugar.)

5. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRÓRROGAS CONVENCIONALES: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Pactado en un contrato de arriendo de industria que el contrato "tendrá una duración inicial de dos años... por lo que expirará el día... No obstante, si a los arrendatarios les interesa continuar por otros dos años más deberán manifestarlo al arrendador con tres meses de antelación... para sucesivas prórrogas se pondrán de acuerdo las partes sobre la base de un derecho de preferencia de los arrendatarios en iguales condiciones respecto de terceros", procede el desahucio si, tras el período inicial del contrato y la primera prórroga—obligatoria para el arrendador—no hubo acuerdo entre las partes para una ulterior prórroga, sin que pueda decirse que con ello la validez del contrato quedaba al arbitrio de uno de los contratantes ni que se haya violado el artículo 1.256 del Código civil, pues la citada cláusula reconocía a ambas partes la facultad de dar por terminado el contrato una vez finalizada la primera prórroga.* (Sentencia de 8 de mayo de 1976; no ha lugar.)

6. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN CONSISTENTES EN EL DERRIBO DE UN MURO DE SEPARACIÓN ENTRE DOS FINCAS INDEPENDIENTES: CONSENTIMIENTO PRESUNTO DE LAS OBRAS: *Hay que rechazar el motivo de casación que imputa a la sentencia recurrida confusión entre el "conocimiento" y el "consentimiento" de hechos que constituyan causas resolutorias, si la sentencia en cuestión, no desconoce la diferencia entre uno y otro concepto, ni afirma que el segundo derive del primero, sino que llega a la conclusión, por vía presuntiva, de que fue consentida la realización de las obras en base a una estipulación contractual y a la circunstancia de que las obras fueron realizadas a poco de concertarse el arriendo, por el propio encargado de obras del arrendador.*

CUESTIONES NUEVAS: *No pueden abordarse, en casación, cuestiones no planteadas en la instancia.*

CASACIÓN: ACUMULACIÓN DE CAUSAS DIVERSAS EN UN MISMO MOTIVO: *Es inviable el recurso que, en un mismo motivo, atribuye al juzgador "a quo" error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba.* (Sentencia de 18 de mayo de 1976; no ha lugar.)

Daños.

1. CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS POR ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: RESPONSABILIDAD CONJUNTA: "EL QUE ES CAUSA DE LA CAUSA ES CAUSA DEL DAÑO CAUSADO": RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL FONDO POR VEHÍCULO DESCONOCIDO: *Al denunciar en el recurso la aplicación indebida de los artículos 1.º, 4.º y 7.º de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, se pretende razonar que el vehículo Simca, desconocido, que con su adelantamiento inadecuado obligó al Morris a efectuar la maniobra que produjo los daños, no causó directamente daño alguno y por ello queda fuera del artículo 1.º de la Ley, mas al razonar así desconoce el aforismo jurídico de que "el que es causa de la causa es causa del mal causado", y, efectivamente, declarado por la Sala de instancia que dicho adelantamiento fue el que provocó los daños*

causados por el otro coche, es evidente la responsabilidad directa del conductor del Simca, y no habiéndose hallado al mismo, la del Fondo Nacional de Garantía. (Sentencia de 2 de abril de 1976; no ha lugar.))

Se trataba de un supuesto muy interesante de relación de causalidad, en la que la sentencia del Tribunal Supremo no profundiza. Para evitar un choque frontal con un Simca que hizo un adelantamiento indebido, un vehículo Morris se sale bruscamente de la calzada y no pudiendo enderezar el volante invade la parte izquierda causando daños a un Renault que circulaba por su mano. No habiendo podido ser localizado el Simca, el perjudicado demanda al propietario del Morris y al Fondo Nacional de Garantía. Hay un causante material y otro formal de los daños. La sentencia de la Audiencia condena a pagar por mitad los daños corporales al Fondo y a la compañía aseguradora del Morris, y a esta última exclusivamente el 50 por 100 de los daños a las cosas, quedando sin resarcir la otra mitad. Ante el Tribunal Supremo sólo recurre el Abogado del Estado en representación del Fondo, pretendiendo la absolución de éste, así como la condena a la totalidad de daños a las cosas a cargo de la aseguradora del Morris. Es lástima que el Tribunal Supremo no hay tenido oportunidad de analizar a fondo la relación de causalidad al objeto de determinar la responsabilidad del conductor del Morris, causante material de la colisión, quien en primera instancia solicitó la absolución, y luego se acalló con la sentencia de la Audiencia. El Tribunal Supremo, para fundamentar la responsabilidad del conductor del Simca, invoca la máxima aludida en el extracto, que resulta insuficiente. Sobre el tema, vide SANTOS BRIZ, *Derecho de la circulación* (Madrid, 1976), p. 185 ss.

(G. G. C.)

1. ARRENDAMIENTO DE ANDAMIO: RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR POR ACCIDENTE DE TRABAJO QUE OCASIONA MUERTE Y LESIONES: CONCURRENCIA DE CULPA EN EL ARRENDATARIO, QUE NO DIO DE ALTA EN SEGUROS SOCIALES: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 94, núm. 2, del Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, el empresario que no tuviere dado de alta a los trabajadores a su servicio es directamente responsable de las prestaciones previstas en la misma, falta de afiliación en que ciertamente incurrió el demandante; pero esta circunstancia no obsta a que si en la producción del accidente de trabajo concurrió la negligencia de un tercero, sea éste responsable de los daños y perjuicios, ya en su totalidad, ya de manera atenuada o disminuida en el caso de que el Tribunal "a quo" haga uso de la facultad discrecional que le otorga el artículo 1.103 C. c., como aquí ha ocurrido reduciendo la responsabilidad del arrendador del andamio al 50 por 100.* (Sentencia de 24 de febrero de 1976; no ha lugar.)

Supuesto poco frecuente de responsabilidad por accidente de trabajo producido por el mal estado de los andamios arrendados, en el que se exige responsabilidad al arrendador y al propio tiempo se declara la responsabilidad laboral del arrendamiento empresario. La sentencia es plenamente de alabar, pues contribuye a mantener avivada la responsabilidad de cuantos

intervienen en la producción de un resultado dañoso, que, no por estar cubierto por un seguro obligatorio, debe minusvalorar la responsabilidad individual.

(G. G. C.)

2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS: LESIONES SOBREVENIDAS DURANTE EL PROCESO PENAL: COSA JUZGADA: *Si bien es cierto que según la resolución judicial del T. S. de 19 de febrero de 1973, la eficacia de la cosa juzgada civil dimanante de un sentencia condenatoria dictada por la jurisdicción criminal, puede tener un límite temporal en cuanto a la responsabilidad civil se refiere cuando el curso cronológico de las lesiones sobrevenidas, como consecuencia de un hecho delictivo, muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, no lo es menos que, para que tal efecto se produzca, es menester que este nuevo daño o agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal, puesto que, de otra forma y conforme a la doctrina sentada por las Sentencias de 27 de marzo de 1909 y 27 de abril de 1942, las disposiciones contenidas en el artículo 116 de la LECrim y 1.902 y 1.903 del Código sustantivo, impiden a la Jurisdicción Civil entrar en conocimiento de lo ya juzgado por los Organos judiciales primitivos... no siendo dable a los Tribunales de la Jurisdicción Civil suplir las deficiencias ni rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en los procedimientos sometidos a los juzgadores de otra Jurisdicción y orden, con facultades que les son privativas (Sentencia de 17 de marzo de 1924 y, en cierto modo, la de 14 de diciembre de 1961). De ahí que, en este caso concreto, no existan términos hábiles para exigir en el presente juicio una responsabilidad que no se invocó en el momento procesal oportuno. (Sentencia de 25 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

3. RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO: EMPRESA DE CONSTRUCCIÓN: VÍNCULO DE DEPENDENCIA Y DIVISIÓN DE LA OBRA EN "SECTORES O EJES": *La sociedad demandada es también responsable solidario de conformidad con el artículo 1.903-4.º del C. c., por cuanto el simple hecho de dividir (la obra) en "sectores o ejes" adjudicados a sendos contratistas no le exime de responsabilidad ni corta el nexo de ella en relación con aquélla, sin perjuicio de que pueda repetir contra los otros responsables.*

PRESCRIPCIÓN: CÓMPUTO: *Mientras en el sumario que se haya instruido con motivo del hecho o accidente causante del daño no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento definitivo o provisional, la acción que conceden los artículos 1.902 y 1.903 del C. c. no puede ejercitarse.*

CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *No es posible resolver en esta fase extraordinaria del proceso cuestiones que no fueron alegadas en el período de discusión escrita. (Sentencia de 9 de febrero de 1976; no ha lugar.)*

El esposo de la actora falleció al caer por un hueco de ascensor del hotel en cuya construcción trabajaba. Deducida la demanda contra el contratista y el encargado de las obras, y contra la sociedad propietaria del hotel en construcción, en Primera Instancia fue condenado el primero y absueltos los demás. Apelada la sentencia, la Audiencia condenó a los tres demandados.

Recurrió en casación la sociedad propietaria, alegando, entre otros motivos, la aplicación indebida del artículo 1.903 del C. c., toda vez que ni el contratista, ni el encargado (dependiente de éste), le estaban vinculados por relación de dependencia alguna.

Prescindiendo del formalismo de la figura contractual aducida (cientamente, el contrato de obra no implica dependencia alguna, antes bien, presupone la independencia del contratista respecto del comitente), la sentencia constata la efectiva relación de dependencia que se desprende de los hechos declarados probados en la instancia, y que conviene reproducir para la mejor inteligencia de la doctrina arriba extractada: "1.º) Que el demandado, señor R. (contratista), unas veces se titula "subcontratista", otras "encargado de la obra" y otras, finalmente, "destajista-encofrador", que es probablemente la que coincidía con la realidad; 2.º) que dicho señor había asumido voluntariamente el papel de "encargado principal", al menos en el sector del accidente; 3.º) que su intervención en la obra era para evitar tener que formar "comité de seguridad" mediante el expediente de dividir el número de obreros (superior a cincuenta) entre varios destajistas; 4.º) que aquel demandado cobraba jornal, figurando en las listas con las correspondientes horas a razón de cincuenta y cinco pesetas, módulo que se aplicaba a todos los obreros y que pagaba la empresa "SEMIRAMIS, S. A.".

4. RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: DILIGENCIA EXIGIBLE AL CONDUCTOR: CIRCUNSTANCIAS QUE OBLIGAN A AUMENTAR LAS PRECAUCIONES: *Supone omisión de la diligencia exigible para prevenir y evitar el daño el circular de noche a gran velocidad, con la luz de cruce encendida, por una carretera en la que el tráfico es muy intenso en dirección opuesta a la del conductor demandado, por un lugar que es circunvalación del pueblo de G., insuficientemente iluminado, existiendo en la proximidad una gasolinera y algunos edificios indicativos de previsibles movimientos de personas y vehículos que obliga a aumentar las precauciones del conductor, por ser además el punto donde tuvo lugar el accidente conceptuado como muy peligroso, lo que no podía ser desconocido al repetido demandado, debido a circular frecuentemente por dicho lugar.* (Sentencia de 20 de febrero de 1976; no ha lugar.)

5. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: RIESGO: PRESUNCIÓN DE CULPA: NO ALCANZA A LA ACCIÓN U OMISIÓN: *La presunción establecida por la doctrina legal (Sentencias de 25 de marzo de 1954, 30 de junio de 1959 y 5 de abril de 1963) que cita (el recurrente) no es aplicable a la acción u omisión, cuya inexistencia hace imposible la apreciación de la culpa o negligencia.*

CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LAS PRUEBAS: *No procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal en virtud del conjunto de las pruebas, cuando el recurrente pretende impugnarlo por el resultado aislado de algunos de los elementos integrantes del juicio.* (Sentencia de 12 de mayo de 1976; no ha lugar.)

En un taller de la Base Aérea de Matacán se produjo una explosión seguida de incendio, ocasionando daños sensibles. Atribuyendo la causa de la

explosión al escape de gas de una bombona que allí se encontraba almacenada, el Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, demandó a "Butano, S. A.", con quien la Base tenía concertado el suministro de las bombonas de gas. Quedó firme la declaración fáctica de la sentencia de instancia, según la cual "no aparece acreditado el escape de gas de la bombona de reserva de butano".

6. RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: INDULTO Y PRESCRIPCIÓN: *Con independencia de la fecha a partir de la cual pudiera ser aplicado el indulto, no puede considerarse expedito el cauce para el ejercicio de la acción civil sino desde el momento en que cesó la actividad procesal de la jurisdicción penal.*

CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA NO PLANTEADA EN LA INSTANCIA "TAL Y COMO" SE FORMULA EN EL RECURSO: *No puede tenerse en cuenta en casación, al tratarse de una cuestión nueva, el tema que no fue planteado formalmente en la instancia tal y como se verifica el presente, con cita de preceptos legales que tampoco fueron invocados a través de los escritos de demanda y contestación.* (Sentencia de 30 de marzo de 1976; no ha lugar.)

Los demandados recurrentes pretendían consumada a su favor la prescripción anual del artículo del artículo 1.968-2.º del C. c., en cuanto se computara como "dies a quo" el 2 de octubre de 1971, que era la fecha a partir de la cual podía ser aplicado el Decreto de indulto de 23 de septiembre de 1971. Pero las actuaciones penales a que dio lugar el accidente no concluyeron sino con el auto de sobreseimiento libre que se dictó el 14 de mayo de 1972, fecha que prevaleció como "dies a quo" del no consumado plazo de prescripción.

II. DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS: JUNTA GENERAL ORDINARIA: PLAZO PARA PODER IMPUGNAR LOS ACUERDOS TOMADOS: *La Sentencia de 30 de enero de 1974, después de hacer un estudio exhaustivo del precepto contenido en el artículo 68 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas examinando las interpretaciones gramatical, lógica, histórica y sistemática, estableció que el cómputo de los 40 días del plazo de caducidad de la acción ha de hacerse desde el día siguiente a aquel en que el acuerdo fue tomado.* (Sentencia de 12 de marzo de 1976; ha lugar.)

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: JUNTA DE ACCIONISTAS: REPRESENTANTES DE PERSONAS JURÍDICAS: *El artículo 60, párrafo 2.º, de la LSA, de 17 de julio de 1951, prescribe que no será lícita la representación otorgada a las personas individuales que una persona jurídica haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate... por lo que cuando se da este supuesto las representaciones ostentadas repercuten en la irregularidad de la constitución de la Junta y determina la nulidad de la totalidad de los acuerdos adoptados en la misma.* (Sentencia de 2 de abril de 1976; ha lugar.)

3. QUIEBRA CULPABLE; MÉRITOS PARA PROCEDER CRIMINALMENTE: Si bien es forzoso e ineludible, conforme al artículo 896 del Código de comercio, que al calificar las quiebras de fraudulentas o de culpables por alguna de las causas comprendidas en el artículo 888 Código de comercio, deba el Tribunal declarar la existencia de méritos para proceder criminalmente, es improcedente tal declaración cuando la culpabilidad deriva de la concurrencia de los hechos a que se contrae la causa 1.^a del artículo 889 Código de comercio, originarios solamente de responsabilidades civiles. (Sentencia de 12 de febrero de 1975; ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

1. RELACIONES LABORALES; INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: Cuando una persona trabaja a las órdenes de una empresa, bajo su dirección y dependencia económica, percibiendo un salario fijo, la única competente para conocer de los problemas derivados de esa relación jurídica es la jurisdicción laboral, ya que sólo cuando se trate de una gerencia o de un alto cargo de la empresa la relación establecida queda fuera de la relación de la Ley de Contrato de Trabajo. (Sentencia de 7 de abril de 1976; no ha lugar.)

2. COMPETENCIA; CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA; PRUEBA: La cláusula de sumisión expresa es indudable, pues aunque la firma del deudor puesta en la factura en señal de aceptación antecede a la cláusula en cuestión, el hecho de haber sido estampada está con los mismos caracteres de imprenta que la total factura, excluye toda posibilidad de intercalación posterior y acredita el consentimiento del deudor expresado al mismo tiempo que el de la conformidad con la suma reclamada. (Sentencia de 14 de febrero de 1976; cuestión de competencia.)

3. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: Para que mediante el proceso civil se pueda lograr la doble finalidad que le está asignada—defensa del orden jurídico y tutela del derecho cuando se acredite la verificación del supuesto legal—es absolutamente necesario que la relación jurídico procesal quede válidamente constituida, lo que implica, o presupone, limitación del arbitrio del actor en orden a la designación de las personas naturales o jurídicas que han de ser llamadas al proceso, no pudiendo quedar fuera de éste las que tengan indudable y legítimo interés en impugnar las acciones que se ejerciten, al poder quedar afectadas por el fallo que sea dictado, porque ello causaría la falta de "litisconsorcio" pasivo necesario.

DEFECTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL: La relación jurídico procesal fue constituida defectuosamente si no se demandó a los herederos de la demandada fallecida varios años antes de la demanda, cuyo interés, en cuanto a las acciones reivindicatorias y resolutoria del contrato de arriendo que la actora otorgó a favor de su madre es manifiesto, al afectarles los pronunciamientos que puedan recaer respecto a los mismos. (Sentencia de 15 de marzo de 1976; no ha lugar.)

NOTA: Aunque la doctrina de la sentencia objeto de esta nota resulta obvia, debe ser destacada porque incomprensiblemente se plantean y, aún se da lugar a demandas dirigidas contra personas fallecidas al tiempo de iniciarse el litigio (como ocurrió, en efecto en la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en el caso que dio lugar al recurso). Un muerto no puede demandar ni ser demandado y resulta defectuosa también, y absurda, la fórmula empleada en ocasiones de demandar "al fallecido y a sus ignorados herederos". Una vez extinguida, por la muerte, la personalidad jurídica, la que ya no es persona carece de legitimación activa y pasiva y la demanda deberá dirigirse contra aquellas personas, conocidas o no, que traigan causa de las mismas a título de sucesores *mortis causa* o de algún tipo de sucesión especial, como la subrogación prevista en la LAU.

J. P. R.

4. CONGRUENCIA; REQUISITOS: *La congruencia de la sentencia consiste en la conformidad entre ella y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y para comprobar si existe o no deben compararse los términos de la parte dispositiva con los contenidos de la súplica de los escritos de demanda y contestación (Sentencias de 20 de abril de 1953 y 22 de abril de 1958), pero sin que el juzgador tenga que amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que basta que guarde acatamiento a lo sustancial de lo solicitado sin necesidad de emplear los mismos términos que usan las partes litigantes, siempre que resuelvan sus pretensiones (Sentencias de 18 de abril y 31 de mayo de 1961, 22 de noviembre de 1959 y otras muchas... La congruencia de las sentencias guarda relación únicamente con las cuestiones oportunamente planteadas en los escritos de alegaciones fundamentales del litigio (Sentencia de 7 de julio de 1948) y no con las modificaciones que se pretenden en los escritos de conclusiones (Sentencias de 1 de julio de 1949, 6 de noviembre de 1959 y 27 de febrero de 1952).*

SIMULACIÓN ABSOLUTA; PRUEBA: *La simulación rara vez presenta prueba directa de su existencia, dado el deseo de las partes en ocultarla y, por el contrario, habrá de fundarse en presunciones que lleven al juzgador a la convicción de la inexistencia del contrato figurado (Sentencia de 20 de enero de 1966).*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA; PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No cabe oponer a los hechos establecidos por el juzgador de instancia el criterio particular del recurrente, cuando es racional la admisión de aquéllos, incluso aun cuando quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud (Sentencias de 13 de abril de 1964, 24 de abril de 1961 y 23 de junio de 1965 y que solamente podrán ser impugnadas con éxito, en casación, aquellas presunciones que resultan absurdas, ilógicas e inverosímiles (Sentencias de 22 de marzo y 23 de junio de 1962 y 8 de abril de 1968).*

RECURSO DE CASACIÓN; ALEGACIÓN CONJUNTA DE ERROR DE HECHO Y DE DERECHO; INADMISIBILIDAD: *Al englobar en un mismo motivo dos tesis impugnativas diferentes, como son los errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba, se vulnera lo dispuesto en el artículo 1.720 de la LEC, que ordena que "si fuesen dos o más los fundamentos o motivos del recurso se*

expresarán en párrafos separados y numerados" y se incide, además, en falta de claridad y precisión, que sanciona el párrafo 4.º del artículo 1.929 de dicha Ley, sanción que, en este trámite de decisión, es la desestimación; y así lo tiene establecido el T. S. en multitud de sentencias, entre las cuales cabe destacar las de 12 de noviembre de 1962, 16 de mayo de 1961 y 1 de mayo y 28 de febrero de 1957. (Sentencia de 29 de marzo de 1976; no ha lugar.)

5. CONDENA EN COSTAS: Según reiteradísima doctrina de esta Sala, la imposición de costas, si tiene por principio la declaración de temeridad del litigante condenado es de la exclusiva apreciación del Tribunal de instancia quedando vedada la casación contra el uso que el mismo haga de su prudente arbitrio en la materia. Ello no es así cuando existe norma de obligado cumplimiento como ocurre en el presente caso en que la regla 2.ª del art. 270 del EPI establece el principio de que "sería condenado en costas el litigante que pierda el pleito", por lo que versando el presente asunto exclusivamente sobre la nulidad de un Modelo de Utilidad y declarada la improcedencia de dicha nulidad es de todo punto necesaria la aplicación del principio del vencimiento y la condena al pago de las costas causadas. (Sentencia de 5 de febrero de 1975; ha lugar.)

6. CASACIÓN; TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: CARGA DE LA PRUEBA: A la representación del Estado le incumbía la carga procesal de justificar los hechos en que basa su derecho, conforme al principio general de que el actor debe demostrar la realidad de los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama. (Sentencia de 16 de febrero de 1976; no ha lugar.)

El abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, interpuso demanda de tercería de mejor derecho, fundado su derecho en una certificación del señor Recaudador de Hacienda con el visto bueno del Tesorero de la Delegación. En dicha certificación se hacía constar que el ejecutado era deudor de la Hacienda Pública por el débito de diversos impuestos, pero sin que constasen las circunstancias y datos que la Hacienda Pública ha tenido en cuenta para realizar las diversas liquidaciones, y como dichos datos no se han aportado en el período probatorio, el Tribunal "a quo" afirma que se carece de elementos de juicio para resolver si el crédito de la Hacienda Pública existe y en la cuantía que expresa la demanda.

7. IMPUGNACIÓN DE MINUTA DE LETRADO: Conforme al art. 423 LEC., en las minutas deben especificarse por separado las cuantías de los honorarios devengados por los letrados en cada uno de los trámites en los que intervengan dentro de la tramitación de los juicios, teniendo previstas las instrucciones del Colegio de Abogados un porcentaje que se cifra en el 25 por 100 de lo minutado para el trámite de instrucción y el 75 por 100 para la preparación y asistencia a la vista. (Sentencia de 17 de marzo de 1976; indebida la minuta.)

El letrado minutó todo un recurso de casación conjuntamente y el T. S., habida cuenta que se personó, transcurrido el plazo para instrucción, rebaja la minuta en un 25 por 100.

8. CASACIÓN: COSA JUZGADA: *Para que la excepción de cosa juzgada surta en juicio los efectos señalados por el art. 1.252 C. c., es necesario que entre el caso resuelto en la sentencia anterior y aquel en que fuere invocada, concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.*

IDENTIDAD DE CAUSA: *Consistiendo la causa en el hecho jurídico o título que sirva de base al derecho reclamado, es decir, en el fundamento o razón de pedir y no en la acción ejercitada, que constituye una nueva modalidad procesal indispensable para lograr su efectividad ante los Tribunales, sin que la misma pueda alterarse por la nueva circunstancia de que los litigantes aduzcan argumentos o razones que no esgrimieron en el primero, pero que ya existían en la fecha de la interpelación judicial, siempre que la finalidad perseguida en ambos pleitos sea idéntica. (Sentencia de 11 de mayo de 1976; no ha lugar.)*

9. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La incongruencia únicamente puede ser sostenida con apoyo en los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 1.692 LEC., y no en el primero como se hace.*

INCONGRUENCIA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Cuando se alega en casación alguno de los vicios que sanciona el art. 359 LEC., ha de citarse inexcusablemente este precepto como Ley infringida, no bastando para discutir en casación la incongruencia de la sentencia la mera cita del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley ruitaria.*

COSA JUZGADA: *Tratándose la herencia indivisa, que no tiene el carácter de comunidad por cuotas, sino germánica, es evidente la solidaridad, además de que el párrafo 2.º del art. 1.252 C. c. establece de modo terminante y radical que en las cuestiones relativas a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros. (Sentencia de 30 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

10. RECURSO DE APELACIÓN: "REFORMATIO IN PEIUS": *El principio prohibitivo de la "reformatio in peius" no permite al Tribunal de apelación emitir decisiones que agraven la situación del apelante, eliminando o atenuando el vencimiento de su adversario, a menos que éste hubiere ejercitado también igual derecho o se hubiere adherido a la apelación deducida de contrario. (Sentencia de 24 de noviembre de 1975; ha lugar.)*

La sentencia de primer grado contenía el siguiente fallo: "Que estimando la excepción de incumplimiento parcial por el actor..., debo declarar y declarar que queda en suspenso la exigibilidad del crédito del actor contra el demandado por importe de trescientas veintiséis mil novecientas catorce pesetas, hasta que el actor haya cumplido íntegramente el contrato, para cuyo cumplimiento se señala el plazo de tres meses, prorrogable si en ejecución de sentencia se acreditase insuficiente." Apeló el demandante, pero no la entidad demandada, que tampoco se adhirió a la apelación. La sentencia de la Audiencia, revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda y la re-

convención, absolviendo a los respectivos interpelados. El demandante apelante recurrió en casación.

11. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: REQUISITOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Para que el recurso de casación autorizado por el art. 1.695 LEC. pueda prosperar es menester que el Tribunal de Instancia resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, ni decididos en la sentencia firme, o que provea en contradicción con lo ejecutoriado, requisitos que no concurren cuando la resolución que se impugna se limitó a decretar la suspensión de las actuaciones por causas más o menos relacionadas con los pronunciamientos que se trata de ejecutar.*

RESOLUCIÓN IMPUGNADA: *Dado que este remedio procesal tiene carácter excepcional y restrictivo y dado que el auto impugnado no es definitivo, según lo dispuesto en los arts. 1.689 y 1.690 núm. 1 LEC., lo que impide que contra él se dé la casación al amparo del art. 1.695 del mismo cuerpo legal. (Sentencia de 25 de febrero de 1976; no ha lugar.)*

12. CASACIÓN: DISPOSICIÓN ADMINISTRATIVA: *El recurso de casación en el fondo que prevé el art. 1.691, 1.º, LEC., carece de viabilidad si las disposiciones que se invocan no tienen el concepto de Ley, como no lo tienen las prescripciones emanadas de la administración pública cuyo rango sea reglamentario, o si las reglas jurídicas vulneradas, cualquiera que sea su jerarquía normativa, son de carácter administrativo en atención a la materia sobre que recaen.*

LEY EXTRANJERA: *No puede apreciarse la infracción de una Ley extranjera si no se consigna en la sentencia recurrida, como punto esencial de hecho, el texto literal e íntegro de la misma. (Sentencia de 5 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

13. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La congruencia, en términos procesales, equivale a conformidad entre el fallo y el contenido de las pretensiones deducidas en forma y razón adecuadas, pues si bien ha de estar en relación con los términos de los escritos fundamentales, no quiere esto decir que haya de atenerse el juzgador a la literalidad de las expresiones que constituyen los pedimentos de las partes, sino que ha de existir una relación íntima y racional entre aquéllos y la sentencia, de tal suerte que se falle sobre el mismo objeto y se conceda o niegue en todo o en parte lo solicitado.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Dicho litisconsorcio se caracteriza por su finalidad de obtener una resolución única para todos los interesados, por tratarse de una única pretensión que a todos afecta no sólo porque el principio de orden público de veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto. (Sentencia de 20 de marzo de 1976; no ha lugar.)*

14. CASACIÓN: PRESUNCIÓN: ENLACE LÓGICO: *La presunción establecida por la Sala de Instancia, carece del enlace lógico con el hecho que la motiva.*

PRUEBA TESTIFICAL EN CONTRATO MERCANTIL: *Es evidente la infracción del art. 51 C. comercio al haberse tenido en cuenta una prueba testifical, sin apoyo en otra probanza en negocio jurídico de cuantía superior a 1.500 pesetas.* (Sentencia de 31 de marzo de 1975; ha lugar.)

15. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NECESIDAD DEL DEPÓSITO: *Tratándose del recurso por quebrantamiento de forma, no excusa a las partes de la obligación de constituir el depósito el que haya o no disconformidad entre las sentencias de instancia.* (Sentencia de 15 de marzo de 1976; no ha lugar.)

16. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA: REQUISITOS: *Para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. 5 del art. 1.693 LEC., es menester no sólo que se haya denegado alguna diligencia de prueba, sino además que la misma sea admisible conforme a derecho y de influencia notoria en el pleito; que su inadmisión por el Tribunal de Instancia haya producido indefensión al recurrente y que éste hubiera intentado la subsanación de dicho vicio "in procedendo", en el momento adecuado, conforme disponen los arts. 1.696, 1.697 y 1.750, todos ellos de la Ley de Trámites, por incurrirse, en caso contrario, en la causa 4.ª del art. 1.752 y en la desestimación en este estado del procedimiento.* (Sentencia de 26 de febrero de 1976; no ha lugar.)

17. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DE RECURSO: *Se omite la cita del precepto infringido y no basta citar el número del art. 1.693 LEC., a lo cual se limita el recurrente.*

FALTA DE EMPLAZAMIENTO: *La falta de emplazamiento ha de afectar al recurrente y no a cualquiera de los otros litigantes, por lo cual y debido al rigorismo de las normas reguladoras de este recurso extraordinario, no es posible que su ejercicio se haga extensivo, por analogía, a otros supuestos.*

DENEGACIÓN DE DILIGENCIA DE PRUEBA: *La prosperabilidad del motivo consignado en el núm. 5 del art. 1.693 LEC. requiere, de manera indispensable, que el medio probatorio denegado "sea admisible", según las leyes.* (Sentencia de 14 de febrero de 1976; no ha lugar.)

18. RECURSO DE REVISIÓN: FALSO TESTIMONIO: *Al afirmar lo la sentencia penal firme de la Audiencia Provincial, en causa por delito de falso testimonio, dado en las manifestaciones vertidas en el juicio cuya sentencia se trata de revisar "para hacer inviable la acción ejercitada por los actores", "testigo considerado como fundamental", es evidente que concurren los requisitos necesarios para la aplicación de la causa 3.ª del art. 1.796 LEC., sin que obste el que el condenado fuera un solo testigo y no varios conjuntamente, porque si bien es cierto que el mencionado precepto, sus antecedentes legales, integrados en las leyes 13 del tít. XXII y 1.ª del tít. XXVI, de la partida 3.ª y la Sen-*

tencia de esta Sala de 12-XI-1971, se refieren siempre a los testigos en plural, no lo es menos que el espíritu que movió al legislador a establecer esta causa de revisión, consistió en el deseo de evitar que cualquier prueba decisiva para resolver un litigio, pudiera deberse a maniobras de carácter delictivo, situación en que puede encontrarse la declaración de un solo testigo, toda vez que al haberse abolido por el art. 659 LEC. el antiguo aforismo: "Testis unus, testis nullus", existe la posibilidad de que un fallo judicial se apoye exclusivamente en un único testigo y porque, de admitirse la opinión contraria, el núm. 3.º del art. 1.796, resultaría de todo punto inaplicable en el supuesto de que se estimase en el juicio criminal alguna causa de exención de la responsabilidad, respecto de alguno de los deponentes en el proceso civil, conclusión que por absurda debe rechazarse. (Sentencia de 28 de abril de 1975; ha lugar.)

NOTA.—Nos parece correctísima la interpretación que esta Sentencia da al núm. 3.º del art. 1.796 LEC., al mismo tiempo que importantísima por tratarse de la primera que el T. S. entra en el fondo de un recurso de revisión fundado en dicha causa, ya que la Sentencia de 12-XI-1975 rechazó el recurso por haberse interpuesto fuera del plazo señalado en el art. 1.798.

J. D. M.

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas
Extranjero, 1.650,— pesetas
Número suelto: España, 550,— pesetas
Extranjero, 650,— pesetas