

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIII
FASCICULO II

ABRIL - JUNIO
MCMLXX



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 D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LÁGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNÁNDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ: <i>La noción de baratería en el Seguro Marítimo.</i>	421
MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: <i>La compensación de culpas y el texto refundido de 21 de marzo de 1968</i>	259
FRANCISCO CASTRO LUCINI: <i>Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. Forma o procedimiento</i>	271
JOSÉ BONET CORREA: <i>La emisión de obligaciones con opción de cambio y con opción de plazo en la Jurisprudencia española</i>	299

Estudios de Derecho extranjero

ANGEL CRISTÓBAL MONTES: <i>El beneficio de separación en el Derecho venezolano</i>	881
MIGUEL DE ANGULO RODRÍGUEZ: <i>La responsabilidad civil por daños extracontractuales (TORST) en el Derecho Internacional privado inglés</i>	867

Vida Jurídica

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR: <i>Temas del ordenamiento procesal</i> , por Jesús Carnicer y Espino	385
<i>La consideración jurídica del buque en la sociedad de gananciales</i> , por R.	398

Bibliografía

Libros	406
---------------	-----

FILESI, Teobaldo: *L'Instituto della famiglia nelle Constituzioni degli Stati Africani*, por G. García Cantero.—GONDRA ROMERO, José María: *Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, por José María de la Cuesta.—MARMIER, Marie-Pierre: *Sociologie de l'adoption (étude de sociologie juridique)*, por Gabriel García Cantero.—MORIN, Michel: *La reforme de l'adoption*, por Gabriel García Cantero.—SIMO SANTOJA, V. L.: *Capacidad y regímenes matrimoniales extranjeros*, por José Bonet Correa.

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio Manuel Morales Moreno	413
--	-----

Jurisprudencia

Sentencias	422
-------------------	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125-1963.

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 XXIII
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO
MCMLXX



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE I.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La noción de «baratería» en el seguro marítimo(*)

AURELIO MENENDEZ MENENDEZ

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Introducción.—II. La “baratería del patrón” y la responsabilidad del naviero por actos del capitán.—III. La regla de la exclusión de la baratería en el seguro marítimo.—IV. Ambito de la exclusión y amplitud de la noción de baratería.—V. La “baratería del patrón” en el ordenamiento español.

I. El Derecho marítimo tradicional, tan presente aún en algunas instituciones, nos ha legado términos y expresiones de sabor particularista muy acusado, que en ocasiones siguen planteando ciertas dificultades interpretativas. Entre esas expresiones figura la de “baratería del patrón” o “baratería del capitán”, utilizada con diverso alcance en los ordenamientos que la conservan, y que carece de una definición precisa en el Derecho español. La práctica sigue mostrando los conflictos y discusiones que suscita su interpretación entre aseguradores y asegurados, tanto en el seguro de cuerpos como en el seguro de facultades. Se trata de una vieja cuestión, todavía no superada en algunos ordenamientos de raíz tradicional: sencillamente de la distinta extensión que tendrá la cobertura del seguro, según se estime que la baratería sólo alude a los actos intencionales o dolosos del capitán y la tripulación, o que, por el contrario, alcanza también a los daños ocasionados por simple culpa o negligencia de estos auxiliares del naviero.

La mayor parte de la doctrina reconoce que el término es de origen español, y más concretamente catalán (1). En su significación etimológica el término alude a la idea de traición o engaño. Entre las distintas referencias al origen e interpretación del término que se podrían elegir nos parece particularmente interesante, por cuanto tiene de síntesis y precisión, la que se hace en el “Glosario castellano

(*) Redactado para los “*Scritti in onore del Prof. Donati*”.

(1) Vid. entre otros, LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, II, París, 1829, pág. 383 DE SMET, *Traité théorique et pratique des assurances maritimes*, I, París, 1959, pág. 272; ARNOULD, *The law of marine insurance and average*, 15 ed. al cuidado de Chorley y Bailhache, II, London, 1961, pág. 835; y la bibliografía citada por estos autores.

de los vocablos náuticos y mercantiles”, adjunto al “Código de las costumbres marítimas de Barcelona” de DE CAPMANY (Madrid, 1791). La palabra “baratería” —dice— “... se empezó a usar en los tiempos de la baxa edad, acaso la primera vez en las *costumbres marítimas*, para significar el delito que un patrón comete cuando de propósito deliberado, y sin necesidad, más voluntariamente y por cualquier medio que sea, procura la pérdida total o parcial de su navío, o del cargo, en daño de aquel que tenga interés en las dos cosas; o bien, como se explican los AA, es cualquiera prevaricación en que un patrón cae en el ejercicio de su ministerio, y quiere decir toda pérdida causada con malicia o dolo del patrón... Creo que esta vez sólo se halla en el texto catalán de las costumbres del mar, de donde se difundió a los demás códigos y tratados de derecho marítimo, sin conocerse su etimología. *Bara* en el idioma antiguo catalán, es lo mismo que *traydor*; y de aquí *baratería*, trayción o engaño, y *barater* o *baratador*, traycionero o engañador, por cuanto la baratería es una verdadera trayción hecha a la confianza de los interesados”.

II. ¿Es esta noción de la baratería la que se recoge en nuestro Código de comercio? Si para contestar a esta pregunta examinamos el articulado relativo a la responsabilidad derivada de la conducta del capitán, repararemos enseguida en un precepto fundamental, el artículo 618, que hace responsable al capitán para con el naviero y a éste para con los terceros que hubieren contratado con el capitán, de los perjuicios causados en los distintos supuestos recogidos en su larga enumeración, en la que se incluyen tanto actos dolosos, como actos simplemente negligentes. A la vista del precepto se ha podido afirmar, en efecto, que los actos a que se refiere no son otros que los llamados en la doctrina actos de *baratería del capitán*, entendida ésta en un sentido amplio; es decir, tanto la *baratería fraudulenta* (actos de malicia o dolo), como la *baratería simple* (actos de negligencia, impericia o descuido) (2). Hay aquí, como puede verse, un notable ensanchamiento de aquella noción de baratería que, al decir DE CAPMANY, quedaba limitada a la “trayción o engaño del patrón”.

No sería acertado, sin embargo, estimar que aquella amplia noción doctrinal de la baratería es sin más la que debe prevalecer al interpretar las normas en las que el Código de comercio alude expresamente a la “baratería del patrón” para referirse al riesgo excluido de la cobertura del seguro marítimo (art. 756, num. 5.^o y 7.^o). El artículo 618 no emplea el término “baratería” y no estaría justificado generalizar una noción doctrinal que en el campo del seguro marítimo parece estar en contra de nuestra tradición y de las exigencias del tráfico actual. Conviene, en efecto, operar con prudencia a la hora de utilizar el término en el estudio de la responsabilidad del capitán y el naviero, y en el examen de la cobertura del riesgo en el seguro

(2) GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1962, pág. 587.

marítimo. Una y otra materia responden a muy distintas motivaciones y necesidades, y han de ser objeto de un tratamiento técnico específico.

En el campo del seguro marítimo se trata de determinar la extensión o no del mismo a los daños producidos por los actos negligentes y dolosos del capitán o la tripulación, tema que se contempla hoy a la luz de las más modernas tendencias que extienden la cobertura del seguro no sólo a los daños ocasionados por culpa e incluso dolo de los dependientes del asegurado, sino también a los actos culposos del mismo asegurado (3). La materia de la responsabilidad del capitán y el naviero atiende a cuestiones diferentes, concretamente a los problemas que se plantean en el campo de la responsabilidad contractual del auxiliar frente al principal o en el área de la responsabilidad contractual o extracontractual del principal por hecho de los dependientes (4). El término "baratería" comenzó a utilizarse, sin duda, en este sector, para calificar ciertos actos del "senyor de la nau" o de la tripulación y fijar su responsabilidad frente a los interesados en el buque y en la carga (5); pero en algunos ordenamientos —como el

(3) Vid. LUREAU, *La faute en assurance maritime. Le droit maritime français*, 1956, págs. 515 y sig.

(4) En el Derecho español —como ya hemos tenido ocasión de indicar— la materia aparece especialmente regulada en el artículo 618 del Código de comercio. En otro lugar he pretendido mostrar que dicho precepto atiende de modo primordial al régimen de responsabilidad del naviero por actos ilícitos del capitán en la esfera *contractual*; es decir, que constituye una manifestación particularmente interesante en nuestro ordenamiento de la responsabilidad *contractual* del principal por hecho de los dependientes. La responsabilidad extracontractual del naviero —con la excepción de la disciplina sobre el abordaje— quedaría así remitida a los artículos 1.902 y 1.903, 4.^o, del Código civil (*"La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de comercio"*, Revista Española de Derecho Marítimo, 1966-1967, fasc. 5, págs. 65 y sigs.).

(5) No ha de sorprender, por ello, que en algunos sistemas, como el alemán, la utilización doctrinal del término *Baratterie* se relegue fundamentalmente al campo de la responsabilidad del naviero, considerando como tal la actuación dolosa del capitán o la tripulación que produce un daño material en el buque o la carga, buscando la obtención de un beneficio propio; queda, pues, excluido del concepto de baratería el daño simplemente culposo, o el que siendo intencional (como puede ser la destrucción de una parte de la mercancía para lograr una estiba más fácil) no se provoca para obtener un beneficio propio (vid. WÜSTENDÖRFER, *Neuzeiliches Seehandelsrecht*, Tübingen, 1950, pág. 270; SCHAPS-ABRAHAM, *Das deutsche Seerecht*, II, Berlín, 1962, pág. 671). Y no ha de sorprender tampoco que en otros ordenamientos, como sucede con el inglés, en que el término *barratry* es usado tanto en materia de responsabilidad del porteador como en materia de seguro marítimo se parta en todo caso de la idea de una actuación dolosa o intencional del capitán o la tripulación, aunque parezcan advertirse ciertas diferencias en el sentido de que la baratería como riesgo asegurable sólo alude al daño ocasionado dolosamente en el buque y ciertamente, según las últimas orientaciones, sin necesidad de que sea para buscar un beneficio propio del capitán, en tanto que en materia de responsabilidad del porteador la doctrina utiliza el término para aludir al daño ocasionado doloso o fraudulentamente, tanto en el buque como en las mercancías (vid. ARNOULD, ob. cit., págs. 795 y sigs.; CARVER, *Carriage by Sea*, 11.^a ed. al cuidado de Colinvaux, I, London, 1963, págs. 185 y sigs.; SCRUTTON, *Charterparties and bills of lading*, London, 1964, págs. 263 y sigs.).

francés, el italiano y el español— acabó por ser usado preferentemente para delimitar la cobertura del riesgo en el seguro marítimo. Por eso entiendo que al emplear el término “baratería” para referirse a la materia de responsabilidad del capitán y el naviero regulada en el artículo 618 del Código de comercio conviene tener presente la distinta significación del acto dañoso en uno y otro sector del Derecho marítimo, y evitar la confusión que se puede generar si se induce de dicho precepto una noción de baratería para aplicarla al seguro marítimo.

III. La interpretación de la expresión “baratería del patrón” en el seguro marítimo no aparece, sin embargo, claramente resuelta en nuestro Código de comercio. El artículo 756, al enunciar los riesgos excluidos en el seguro marítimo, se refiere en su número 5.^º a la “baratería del patrón a no ser que fuera objeto del seguro”, y en su número 7.^º a la falta de los documentos prescritos en este Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina o de Navegación, u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las disposiciones administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón”. En uno y otro supuesto se utiliza la conocida expresión, pero en ninguno de ellos se hace suficientemente explícito el alcance que ha de darse a la exclusión del riesgo de baratería; no se aclara, en efecto, si con esa expresión se alude a los daños ocasionados por dolo del capitán o la tripulación, o si, por el contrario, se extiende también a los actos simplemente culposos o negligentes, excluyendo de la cobertura del seguro, salvo pacto en contrario, cualquier daño producido por simple culpa de aquellos auxiliares del naviero. La vieja cuestión continúa planteada en nuestro ordenamiento y no ha encontrado tampoco una respuesta precisa en nuestras pólizas de cascos y de facultades.

El antecedente inmediato de aquellas normas del artículo 756 se encuentra en los artículos 862, 4.^º, y 864, del Código de Comercio de 1829 que aluden respectivamente a las “baraterías del capitán o del equipaje”, y a la liberación de los aseguradores “de los daños que sobrevengan a la nave por no llevar en regla los documentos que prescriben las Ordenanzas marítimas” (6). Pero si con el propósito de penetrar en los orígenes y el alcance de la exclusión del riesgo de baratería, acudimos a las fuentes en que se pudo inspirar nuestro viejo Código, la cuestión se hace más compleja.

(6) Sin perjuicio de otras aclaraciones que se harán posteriormente, conviene indicar que, frente a lo que sucede en el número 7.^º del artículo 756 del Código vigente, el artículo 864 del Código de 1829 no se refiere para nada a la baratería al excluir de la cobertura del seguro los daños que sobrevengan por no llevar en regla los documentos que prescriben las ordenanzas marítimas. La observación tiene cierto interés, pues la norma vigente no ha sido, a mi juicio, muy afortunada al remitirse a la baratería del patrón. Así me lo parece, porque, dado el tenor literal de la norma, con alusiones a la simple “falta de documentos” y a las “omisiones de otra clase del capitán”, podría ser invocada con cierto fundamento para apoyar una interpretación favorable a la noción amplia de la baratería en nuestro sistema.

La doctrina ha venido mostrando cómo en las primeras fuentes que contemplan la baratería en materia de seguro —especialmente el *Guidon de la mer*—, la tendencia estaba en favor de su inclusión entre los riesgos cubiertos en caso de seguro de facultades, aunque en algunos supuestos —como en el mismo *Guidon de la mer*— la responsabilidad del asegurador tuviera carácter subsidiario, es decir, sólo se podía hacer valer si no se recibía la oportuna indemnización del patrón que había causado el daño (7). Esta doctrina se altera con toda claridad en la Ordenanza de la Marina de 1681, que en el artículo 28 del título dedicado a los seguros (tít. VI de su libro III) consagra ya la regla de la exclusión de las pérdidas o daños causados tanto en los buques como en las mercancías, si en virtud de la póliza el asegurador no asume el riesgo de baratería del patrón.

¿Cómo se explica este cambio de orientación o esta regla tan extraña a nuestro modo actual de ver la cuestión, que exonera al asegurador, salvo pacto en contrario, de la indemnización al asegurado incluso en el supuesto de daño a la mercancía? En opinión de los más autorizados estudiosos, ese cambio se produjo en los siglos XVI al XVIII por el cauce de los usos marítimos, en razón a la frecuente integración de todos los interesados en la expedición marítima o, en otros términos, al hecho de que en la navegación de aquellos tiempos era raro que el capitán no fuese copropietario del buque o de la carga o cointeresado en la empresa, ya en virtud de un contrato de sociedad, ya a través de una participación en las ganancias (8). Ultimamente se ha señalado que esta explicación es poco convincente, porque en esa época se tenían ya por nulas, como contrarias al orden público, las pólizas que cubrieran el hecho o falta del asegurado, de suerte que no existía razón alguna para regular por una disposición particular el caso del capitán que fuera a la vez propietario y cargador; el verdadero motivo de la exclusión del seguro de la baratería, salvo pacto en contrario, estaría simplemente en el temor de posibles colusiones entre el capitán, el armador y los cargadores (9). Es dudoso, ciertamente, que la razón fundamental de la exclusión estuviera en aquellas formas asociativas con integración de todos los interesados en la expedición, que se desenvuelven ya con anterioridad, pero cabe pensar que la lucha constante contra el fraude en el seguro impusiera entonces aquella exclusión. Bajo este aspecto se puede estimar que, con independencia de la norma sobre nulidad de toda cláusula que cubriera el daño causado por culpa del asegurado (algo no siempre fácil de precisar o conocer en aquellas formas asociativas), la exclusión de la baratería se explica en definitiva —como entendió VIVANTE— por

(7) Cap. V, arts. 6 y 7, y especialmente cap. IX, art. 1 (vid. entre otros, PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII siècle*, II, París, 1824, págs. 388 y sig. y 406; CRESP-LAURIN, *Cours de droit maritime*, IV, París, 1884, pág. 80; RIPERT, *Droit maritime*, III, París, 1953, pág. 679 y sig.).

(8) VIVANTE, *Il contratto di assicurazioni*, II, Milano, 1890, pág. 300; RIPERT, ob. cit., pág. 679.

(9) DE SMET, ob. cit., pág. 276.

el temor de los aseguradores a la simulación de averías por parte del capitán para alcanzar, en una u otra forma, un mayor lucro (10).

La norma de la Ordenanza francesa tiene, en todo caso, singular importancia. Es la norma que pasa al artículo 353 del Código de comercio francés y que termina por imponerse en las legislaciones que en él se inspiran, manteniendo aún su vigencia en algunas de ellas. El asegurador —dice el precepto del Código francés— “n'est point tenu des *prevarications et fautes du capitaine et de l'équipage*, connues sous le nom de *baratería de patrón*, s'il n'y a convention contraire”.

La fidelidad de este texto a la Ordenanza de 1681 es clara, al excluir la cobertura de la baratería sin distinguir entre seguro sobre cuerpos y seguro sobre facultades, y lo es también al dar una amplia noción de baratería, incluyendo tanto los actos intencionales como los simplemente culposos o negligentes. La vieja Ordenanza se refería solamente a los daños causados “par la faute des maistres et mariners”, pero la generalidad de los comentaristas estaban de acuerdo en que bajo esta expresión se incluían todos los supuestos de dolo, negligencia o impericia, tanto del patrón como del equipaje (11). De este modo se rompía con la significación del término baratería en las fuentes tradicionales, en las que únicamente se refería a “la pérdida causada con malicia o dolo” —como dice nuestro DE CAMPANY— o tenía lugar “quando commitutur cum preesistenti ejus machinatione et dolo preordinato ad causam”, como se viene repitiendo en la doctrina, recogiendo total o parcialmente —como aquí hacemos— un conocido texto de CASAREGIS (12).

A pesar de los intentos de la Comisión encargada de preparar el Código francés de reducir la expresión a esta significación más estricta, terminó por imponerse aquella otra más amplia, que en opinión de algunos Tribunales se había ya generalizado por el uso (13); y para no dejar lugar a dudas, el citado artículo 353 definió como baratería, tanto las *prevarications*, como las *fautes* del capitán y del equipaje.

El modelo fue imitado por otras legislaciones, entre las que citaremos, tanto por su particular valor representativo como por su fidelidad al texto francés, la codificación mercantil italiana. En sus diferentes manifestaciones reprodujo, en efecto, literalmente la norma francesa, limitándose a añadir, en párrafo distinto, que el pacto por

(10) Ob. y loc. cit.

(11) Esa es la posición inequívoca de VALIN y POTHIER, acogida sin reservas a efectos de interpretación del texto, por EMERIGON, aunque no deje de mostrar sus dudas acerca de la significación de la “baratería del patrón” (*Traité des assurances et des contrats à la grosse*, I, Marsella, 1783, pág. 366 y sig.). Para todo ello, vid. entre otros, RIPERT, ob. cit., pág. 680, y especialmente por la crítica que ha hecho de esa interpretación, DE COURCY, *La baraterie de patrón*, “Questions de droit maritime”, II, París, 1879, págs. 6 y sig.

(12) Por citar dos autores bien representativos y distantes en el tiempo, vid. EMERIGON, ob. cit., pág. 366 y VIVANTE, ob. cit., pág. 305.

(13) Vid. LOCRE, ob. cit., págs. 283 y sigs.

el que se extendiera la cobertura del seguro a la baratería dejaría de tener efecto cuando refiriéndose a un capitán designado nominativamente en el contrato, el asegurado lo despidiera y sustituyera por otro sin consentimiento del asegurador. Pero esta adición no tiene mayor importancia para lo que aquí interesa, y por supuesto no está en la línea de las modernas revisiones de la materia (14).

IV. Antes de dar respuesta a la cuestión planteada en nuestro ordenamiento, conviene hacer algunas observaciones críticas a esta norma de tradición francesa. Estas observaciones se refieren esencialmente a las dos cuestiones siguientes: ámbito de la exclusión del riesgo de baratería y amplitud del concepto.

a) La exclusión de la baratería no encuentra actualmente ninguna justificación en el seguro sobre facultades. Como se viene señalando por la doctrina, el cargador de las mercancías es hoy una persona absolutamente ajena a la empresa de navegación; es decir, que en general no cabe pensar en el capitán como propietario o cointeresado en las mercancías, o como representante de los cargadores, que es justamente lo que permitiría plantear el tema de la cobertura o no de la culpa del asegurado o del representante o auxiliar del asegurado. El daño producido en las mercancías por el capitán o la tripulación no puede merecer otra consideración, respecto de los interesados en la carga, que la de un accidente fortuito o imprevisible, perdiendo así su justificación la regla de no cobertura del riesgo, salvo pacto en contrario (15).

(14) La reproducción de la norma básica del Código francés, con la única variación de hablar sólo de "baratería" y no de "baratería del patrón", pasa a través del Código de comercio albertino, al artículo 467 del Código de comercio de 1865, y posteriormente al artículo 618 del Código de comercio de 1882; sobre el tema puede verse BERLINGIERI, *Sul concetto di "baratteria"*, Il diritto marittimo, 1943, págs. 3 y sig.

(15) No planteamos aquí el tema de la cobertura del daño que puede recaer sobre el patrimonio del naviero en caso de perjuicio de las mercancías causado por el capitán o la tripulación, en la medida en que sea responsable de este perjuicio. Se trataría de un supuesto de seguro de responsabilidad que va mostrando modernamente cierto interés y difusión. La tesis de algunos autores, inclinados a ver en la norma de la Ordenanza francesa una de las primeras manifestaciones del seguro de responsabilidad, en cuanto permitía al armador, estipulando la cláusula oportuna, cubrir los daños ocasionados por baratería del capitán o la tripulación (PICARD y BESSON, *Traité général des assurances terrestres*, III, París, 1943, pág. 288), no deja de ser discutible, pues independientemente de las dudas que podrían suscitarse acerca de la llamada responsabilidad del naviero por actos del capitán en la navegación regulada por la vieja Ordenanza, los principios rectores del seguro no favorecían entonces esta difusión del seguro de responsabilidad. Más bien hemos de pensar que aquella vieja norma, reproducida posteriormente en el artículo 353 del Código francés, en principio se refería, y sólo se refería, al seguro sobre cascos y al seguro sobre facultades, es decir, a "seguros de interés sobre las cosas" por parte de los titulares o interesados en las mismas y no a un "seguro de interés sobre el patrimonio", como sería el seguro de responsabilidad del naviero por los daños causados en las mercancías por sus dependientes (para los orígenes

Muy distinto es lo que sucede en el supuesto de seguro de cascos, porque en este caso la exclusión de los daños ocasionados por "baratería del patrón" implica, en definitiva, la exclusión del daño provocado por culpa de las dependientes del asegurado. La práctica aseguradora, en la época en que se difunde esta regla, era muy sensible a la posibilidad de cualquier fraude en la explotación del seguro, y tanto entonces, como posteriormente, cuando se recoge la norma en el Código francés, el principio general, aunque con excepciones, era el de la estimación como riesgo excluido de todo daño debido a culpa del asegurado o de sus dependientes. En el momento actual se ha producido, como es sabido, una notable evolución en esta materia. En la doctrina y en las leyes de seguros más modernas, la tendencia está, en efecto, en favor de la cobertura del riesgo cuando el daño proviene de culpa leve del mismo asegurado, e incluso se extiende en algunos ramos del seguro a la misma culpa grave (sirva de ejemplo el seguro de responsabilidad civil) y en supuestos excepcionales (cobertura del suicidio en el seguro de vida) hasta el mismo acto doloso. En este lugar interesa recordar especialmente que, como es lógico, esa tendencia se ha afirmado con más fuerza en el supuesto de daños causados por culpa de los dependientes, en atención a que en ese caso el daño no tiene por qué ser imputado al asegurado.

Es justo reconocer, sin embargo, que en el seguro marítimo esa evolución es algo más moderada, tanto en relación con el asegurado como respecto de los daños ocasionados por sus auxiliares. Así se puede percibir en las mismas ordenamientos que han superado la regla de la exclusión de la baratería y se incorporan al cuadro de las legislaciones más modernas. En relación con la actuación de los dependientes, que es la que ahora interesa de modo primordial, podemos recordar el artículo 524 del Código de la Navegación italiano de 1942 que limita la cobertura del asegurador, en caso de seguro de buques, al siniestro derivado de simple culpa del capitán o de la tripulación; y si el asegurado es a la vez capitán, reduce tal cobertura, respecto de los daños causados por éste, a los derivados de sus culpas náuticas (16). Esta evolución ha terminado por imponerse incluso en el Derecho francés que en su reciente ordenación del seguro marítimo (Ley de 3 de julio de 1967 y Decreto de 19 de enero de 1968) arrin-

del seguro de responsabilidad y las dificultades que encontró su desarrollo antes del XIX, vid. entre otros, DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, págs. 322 y sigs.). Es justo reconocer, no obstante, que de hecho la interpretación errónea de la cláusula de baratería no dejó de producir efectos paralelos a los de un seguro de responsabilidad, ante la sorpresa e "inseguridad" de los mismos aseguradores; así sucedió en una buena parte de la jurisprudencia francesa del siglo pasado, amplia y justamente criticada en este punto por DE COURCY (ob. cit., págs. 13 y sigs.).

(16) En el mismo precepto puede verse cómo en el supuesto de seguro de mercancías la cobertura del seguro se extiende al mismo dolo del capitán o la tripulación: vid. para todo ello, LEFEBVRE D'OVIDIO y PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1964, pág. 501; MANCA, *Studi di diritto della navigazione*, III, Milano, 1962, pág. 274.

conca ya la vieja exclusión de la "baratería del patrón", distingue entre seguro de cuerpos y seguro de facultades, y extiende la cobertura del seguro, tanto a la culpa del asegurado dentro de ciertos límites, como a los daños causados por actos culposos o dolosos de los dependientes terrestres o marítimos (arts. 17 y 18 de la ley), con la excepción particularmente calificada de los daños ocasionados por actos intencionales del capitán en el seguro de cuerpos (art. 40 de la misma ley) (17). Por supuesto, como se puede ver ya a través de esta simple referencia a los ordenamientos francés e italiano, no es posible llegar a conclusiones unánimes en la materia, pues la práctica y la ordenación del seguro marítimo en los distintos países sigue criterios diversos en orden a la cobertura del daño ocasionado por el capitán o la tripulación en el seguro de buques; pero la tendencia es clara en el sentido de una aproximación al seguro terrestre, aunque sea manteniendo soluciones algo más moderadas, fundadas en el distinto relieve que tiene el comportamiento del asegurado y de algunos de sus auxiliares en dicho seguro de buques (18).

b) Particular interés tiene para nuestro ordenamiento, todavía inspirado en la noción de la "baratería del patrón", la interpretación que merece esa expresión. La inclusión en ella del simple acto culposo del capitán o la tripulación conduce ahora a consecuencias tan poco prácticas y equitativas, que no pueden sorprender los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para superar aquella amplia noción de tradición francesa. En la misma Francia especialmente significativo resultó ya el esfuerzo realizado por DE COURCY para restringir el alcance del artículo 353, estimando que las "prévarications et fautes" a que aludía el texto, sólo eran las conocidas como tal "baratería del patrón" en su significación más estricta de acto doloso e intencional. Esta ingeniosa interpretación no tuvo éxito (19),

(17) En relación con la culpa del asegurado se percibe una diferencia notable respecto del seguro terrestre, al comprobar que en el seguro marítimo el asegurador se exonera de su obligación de indemnizar si prueba que el daño se debe a "un manque de soins raisonnables" por parte del asegurado, criterio de la "due diligence" trasladado de la ley inglesa de seguro marítimo e inspirado en la misma obligación que se impone en caso de fletamiento y transporte (vid. más ampliamente LUREAU, *Travaux de la Commission de réforme du code de commerce*, VI, Sesión de 28 de enero de 1954, págs. 72 y sigs.; y en *La nouvelle législation des assurances maritimes. Le droit maritime français*, 1968, págs. 264 y sig.). Para una consideración más extensa de la cobertura de la culpa de los dependientes, moderando la interpretación en el sentido de equiparar la posición de los dependientes que asumen la dirección de la empresa a la posición del mismo asegurado y, mostrando por otro lado, la razón que justifica la exclusión del daño causado por acto intencional del capitán en el seguro de cuerpos, vid. recientemente BESSE, *La limite du risque assurable et la garantie des fautes. du vice propre. du vice cahe. en matière d'assurance maritime sur "corps", etc la loi du 3 juillet 1967 sur les assurances maritimes. Le droit maritime français*, 1968, págs. 458 y sig.

(18) Para una exposición general de los distintos sistemas, puede verse, DE SMET, ob. cit., pág. 272 y sigs.; RIPERT, ob. cit., págs. 679 y sig.

(19) La interpretación de DE COURCY, ciertamente un poco artificiosa, pudo haber constituido, a mi juicio, una buena base de partida para superar el divor-

pero con unos u otros argumentos, la doctrina francesa no dejó de criticar aquella noción tradicional, en buena parte elaborada por los grandes comentaristas de la Ordenanza de 1681, y la misma jurisprudencia se vio obligada a apartarse de ella en no pocas ocasiones (20). Por otra parte, la corrección de la regla de exclusión de la baratería terminó por imponerse a través de las pólizas al conseguir las soluciones convenientes a la explotación del seguro en el tráfico moderno, incluyendo expresamente la baratería del patrón tanto en el seguro de facultades como en el seguro de cuerpos, con excepción en este último caso de los daños ocasionados por "dolo o fraude del capitán" (es la norma que en definitiva ha pasado al artículo 40 de la vigente ley de 1967) y de los siniestros resultantes "de violación de bloqueo, de contrabando, o de comercio prohibido o clandestino" (21)..

Otro tanto cabe decir de la legislación italiana anterior al Código de la navegación. La doctrina más autorizada tendió, en efecto, a suavizar el rigor de la norma, estimando que dentro de la noción de baratería no podía incluirse la culpa leve o levísima, e insistiendo, por otro lado, en la necesidad de que el asegurador pruebe la existencia de la baratería para liberarse de su obligación de indemnizar (22). La regla del Código había sido superada también por la práctica, incluyendo la baratería entre los riesgos asegurados en la póliza de

cio entre el artículo 353 del Código y la realidad. La crítica a que fue sometida provocó no obstante, su abandono (vid. entre otros, CRESP-LAURIN, ob. cit., págs. 81 y sigs. y para una síntesis suficiente, RIPERT, ob. cit., pág. 680). Con todo, el agudo trabajo de COURCY sigue siendo interesante para un mejor conocimiento de la regla tradicional y aporta un estudio sobre la significación estricta del término "baratería" en varias fuentes y diccionarios franceses de los siglos XVII al XIX, que tiene indudable importancia (ob. cit., págs. 4 y sigs.).

(20) Vid. RIPERT, ob. cit., pág. 681, con puntualizaciones muy oportunas; y DANJON, *Traité de droit maritime*, IV, París, 1927, núm. 1.573.

(21) Para la póliza de seguro sobre facultades vid LUREAU-OLIVE, *Commentaires de la police française d'assurances maritimes sur facultés*, París, 1952, págs. 48 y sig.; CHAUVEAU, *Traité de droit maritime*, París, 1958, pág. 696; GOVARE, *L'assurance maritime française (Etude des polices)*, París, 1960, págs. 260 y sigs. Para la póliza de seguro sobre cuerpos vid. RIPERT, ob. cit., pág. 686; LUREAU-OLIVE, *Commentaires des polices françaises d'assurances maritimes sur corps de navires*, París, núms. 5 y sig.; CHAUVEAU, ob. cit., pág. 696; GOVARE, ob. cit., págs. 100, 124 y sigs.

(22) Vid. entre otros, ASCOLI, *Del comercio marítimo y de la navegación*, trad. II, Buenos Aires, 1953, págs. 390 y sigs.; VIVANTE, ob. cit., pág. 304. Es interesante anotar también que, sin referirse expresamente a ella, BERLINGIERI propuso una tesis semejante a la de DE COURCY, es decir, la exclusión de la cobertura del seguro, no de todas las culpas, sino sólo "las que son conocidas bajo el nombre de baratería", para superar la inadaptación a la realidad de la vieja regla, acogida en el artículo 618 del Código de Comercio derogado (ob. cit., págs. 10 y sig.); como sucede con el trabajo de DE COURCY, el de BERLINGIERI aporta también varias muestras de la definición estricta de baratería como acto doloso en diferentes fuentes y diccionarios, en este caso italianos, de gran interés para un estudio de la evolución o de la "desviación" que se produjo con la regla consagrada en la célebre Ordenanza francesa de 1681 (vid. págs. 4 y siguientes).

mercancías, y disponiendo en la de buques que el asegurador respondía de los accidentes de mar, aunque provinieran "de impericia o de negligencia del capitán o de la tripulación", con la salvedad igualmente de los que tengan su origen en "actos de dolo o de fraude del capitán" (23).

V. Estas consideraciones proporcionan una base necesaria y, a nuestro juicio, suficiente, para valorar el alcance que ha de darse al riesgo de "baratería del patrón" en nuestro ordenamiento. A la vista del artículo 756 de nuestro Código, en sus números 5.^o y 7.^o, hay una cuestión que no es dudosa; como en los otros ordenamientos tradicionales la exclusión de la baratería, salvo pacto en contrario, tiene un carácter general, es decir, se aplica tanto al seguro sobre cuerpos como al seguro sobre facultades, pues el precepto alude a la exclusión "de los daños y perjuicios que sobrevengan a las cosas aseguradas", sin distinguir entre unas y otras. Por este lado el precepto merece actualmente, y merecía ya en la época en que se dictó, la severa crítica a que se ha sometido la regla tradicional —como ya tuvimos ocasión de indicar— cuando se aplica al seguro de mercancías (24).

(23) Vid. BRUNETTI, *Derecho marítimo privado italiano*, trad. III, Barcelona 1951, págs. 465 y sig. La cuestión está hoy resuelta por el artículo 524 del Código de la navegación en la forma anteriormente expuesta, y si algo hay que añadir es que en la práctica italiana actual continúa vigente el mismo criterio en la póliza de mercancías, y en la más moderna póliza de buques de hierro de 1962, sólo se excluyen de la cobertura, en la materia examinada, los "actos de dolo o fraude del capitán" y los siniestros resultantes de violación de bloqueo, de contrabando o de comercio, actividad o tráfico prohibido o clandestino, siguiendo, como se ve, muy de cerca, la solución de la póliza francesa, una y otra inspiradas en este punto en formularios de la práctica inglesa y americana (vid. MANCA, ob. cit., pág. 327 y 311).

(24) Se mantiene así el criterio del Código de comercio de 1829. Es de advertir, sin embargo, que sin aludir a la "baratería", el viejo Código en su artículo 864 abrió, en cierto modo, un cauce para la distinción al establecer que los aseguradores "no responden de los daños que sobrevengan a la nave por no llevar en regla los documentos que prescriben las Ordenanzas marítimas; pero sí de la trascendencia que pueda tener esta falta en el cargamento que vaya asegurado". Mas el legislador de 1885 en lugar de ahondar en esa distinción tan práctica y equitativa, que ha venido a generalizarse en los ordenamientos y la práctica aseguradora más moderna, se decidió a refundir de nuevo ambos supuestos en la norma del artículo 756, núm. 7.^o, aludiendo además a la baratería en forma poco afortunada (vid. nota 6 de este estudio). Para justificar tal medida la Exposición de Motivos, mostrando muy escasa sensibilidad para percibir la razón de la vieja norma, afirma que "el artículo 864 del Código vigente envuelve una evidente contradicción, pues en la primera parte dispone que no responden los aseguradores de los daños que sobrevengan a la nave por no llevar en regla los documentos que prescriben las Ordenanzas de Marina, y en la segunda, por el contrario, les hace responsables de los perjuicios que esta falta puede causar al cargamento; cuya contradicción desaparece en el proyecto con la supresión de este último extremo". Es probable que en todo ello haya influido la opinión de nuestros más autorizados tratadistas del XIX; vid. concretamente, MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 6.^a ed. Madrid. 1873, pág. 410).

La exclusión general de la "baratería del patrón" está inspirada en el Código francés. Parece claro que de este modelo se tomó la regla que se recoge en los artículos 832 y 862 del Código de comercio de 1829, relativos al préstamo a la gruesa y al seguro, respectivamente. No era esa ciertamente la solución acogida en nuestras Ordenanzas de Bilbao de 1737. En el número XIX de su capítulo 2.^o incluye, entre los riesgos asegurados, en el caso de seguros sobre mercaderías la "baratería de patrón y marineros"; y en los modelos de pólizas que se recogen al final de ese capítulo, en el número L, se puede comprobar cómo en la "póliza de mercaderías" aparece incluido entre los riesgos cubiertos la "baratería del patrón", en tanto que en la "póliza de navío" no se alude a ella. No es fácil explicar por qué el autor del viejo Código de comercio, SÁINZ DE ANDINO, alteró esta meritaria orientación de nuestras valiosas Ordenanzas de Bilbao. La influencia "francesa" se deja sentir en el "Febrero Novísimo" de TAPIA (25), tanto al definir la baratería como al establecer la comparación entre la solución del Código de comercio francés y la de las Ordenanzas de Bilbao. ¿Sería esta argumentación la que determinó el cambio de criterio? No he podido comprobarlo. En cualquier caso está claro que la tradición francesa más inmediata se impone en el Código de comercio de 1829, y de ahí pasa al artículo 756 del Código vigente para el seguro marítimo, y al artículo 731 para el préstamo a la gruesa (26).

Pasamos así a la más dudosa y relevante cuestión, la relativa a la significación que ha de darse a la expresión "baratería del patrón" en nuestro sistema. Los artículos del Código de comercio anteriormente mencionados ayudan muy poco a resolver la cuestión y en la doctrina tampoco se encuentra una respuesta segura. La significación etimológica y tradicional está claramente en favor de su consideración como acto *doloso* del capitán y la tripulación, idea que aparece expuesta con particular acierto en el texto ya transscrito de DE CAPMANY. No es menos cierto, sin embargo, que la noción más amplia, inspirada en las fuentes francesas, acaba por dominar en nuestra doctrina del XIX, aunque no deje de percibirse, a veces cierta vacilación o

(25) Vid. tomo III, Valencia, 1828, págs. 151 y sig.

(26) La afirmación acerca de la influencia francesa inmediata que, incluso por el tenor literal de los textos, consideramos evidente, deja a salvo los resultados a que podría llegarse en un estudio que contemplara las fuentes españolas anteriores. Este estudio podría mostrar, en efecto, el influjo de las ideas que operan en una navegación desenvuelta bajo formas asociativas de los distintos interesados en la expedición, y que no separa convenientemente la institución del seguro, de la materia relativa a la responsabilidad del "maestre de la nave". No deja de ser sintomático en este sentido que en el capítulo 14 de su "Libro del Comercio Naval" (núms. 24, 25, 26 y 28 principalmente) HEVIA BOLAÑOS sólo extienda la cobertura del seguro, tanto para el buque como para las mercancías, a los "casos fortuitos", excluyendo expresamente de ella los daños ocasionados por "culpa del maestre de la nave", por entender que en ese caso es él y no el asegurador quien ha de pagarlos (se cita sobre la ed. de la Curia Filípica de 1733).

confusión (27). En síntesis puede afirmarse que esta doctrina, bien acoge la doble significación del término sin meditar sobre su alcance positivo, bien sigue la orientación "francesa", bajo una influencia mal comprendida del principio según el cual no es lícito cubrir los daños producidos por culpa del asegurado.

¿Es esta la interpretación que ha de darse a la expresión tal como es utilizada en los números 5.^o y 7.^o del artículo 756 del Código vigente? En favor de la contestación afirmativa está el hecho de que —como ya se indicó— en la redacción de sus antecedentes de 1829 se tuvo presente el Código francés. Se puede pensar, incluso, que el Código vigente sigue aún más fielmente ese ordenamiento al utilizar la expresión "baratería del patrón", no empleada en el anterior, y que debe ser entendida —siguiendo su significación en la doctrina y práctica marítima— en cuanto haciendo referencia a los daños ocasionados tanto por el capitán como por el equipaje (28). Pero a diferencia de su modelo francés, el Código de comercio español no hace ninguna alusión a la amplia noción de la baratería que vincule al intérprete, y siendo esto así es indudable que estamos en mejores condiciones de ofrecer y justificar una interpretación más en consonancia con las exigencias actuales de la explotación del seguro.

Bajo este aspecto nos parece que ha de verse con simpatía cualquier esfuerzo que tienda a reducir la significación de la baratería como riesgo excluido al daño ocasionado dolosamente por el capitán o la tripulación. Los términos imprecisos en que se expresa nuestra ley, que ni siquiera dice en qué consiste la baratería —se ha dicho con acierto— no se oponen a una interpretación restringida, que exija faltas de cierta gravedad para liberar de responsabilidad al asegura-

(27) Ya antes de dictarse el Código de 1829, TAPIA afirma que "llámase baratería de patrón y marineros toda especie de dolo, culpa, imprudencia, falta de cuidado o impericia, ya del patrón ya de la gente que compone la tripulación del buque" (ob. cit., pág. 151, refiriéndose al seguro), y con posterioridad son varios los autores que se manifiestan en ese sentido, si bien mostrando a veces la doble significación. MARTÍ NÉ EIXALÁ estima que, salvo pacto en contrario, tampoco serán de cuenta de los aseguradores "los daños que provengan mediata o inmediatamente de dolo o culpa del capitán (*baratería de patrón*) o de los del equipaje" (ob. cit., pág. 410). Para GÓMEZ DE LA SERNA Y REUS, "bajo la denominación genérica de *baraterías* se comprenden los diversos delitos que cometen los capitanes, patrones o pilotos; pero en sentido más estricto, abrazan todo dolo, fraude o negligencia en que incurra el capitán o equipaje de la nave" (*Código de comercio anotado y concordado*, Madrid, 1878, págs. 341 y 357, refiriéndose al préstamo a la gruesa y al seguro). En esta misma posición vacilante SOLER Y CASTELLÓ, que define la baratería como "todo hecho del capitán o del equipaje cometido dolosamente para causar perjuicios a la nave o a su cargamento; o bien todo daño que puede provenir de un hecho u omisión del capitán o tripulación de un buque, sea por malicia o dolo, o por imprudencia, impericia o negligencia" (*Diccionario de la Legislación Mercantil de España*, Madrid, 1887, voz *Baratería*).

(28) Así es interpretada en el artículo 353 del Código de comercio francés. Ha de advertirse además que esa expresión sustituye a la de "baraterías del capitán o del equipaje" empleada en el Código de 1829.

dor (29). La doctrina se muestra así inclinada a concebir la baratería a que alude el artículo 756 como daño ocasionado por dolo o culpa grave del capitán o la dotación (30). Esta interpretación constituye un notable acercamiento a la evolución actual del seguro y a las exigencias del mismo. Como tuvimos ya ocasión de mostrar, la exclusión de la baratería en el seguro de mercancías no tiene hoy fundamento; y en cuanto al buque, si bien la exclusión está más justificada, tampoco se puede olvidar que, a menos de hacer ilusoria la cobertura del contrato, ha de excluirse solamente —como hacen las legislaciones y pólizas más modernas— el daño causado por dolo o culpa grave del capitán.

Estas ideas militan en favor de una interpretación restrictiva. Pero es que además, en defecto de una noción legal no faltan argumentos positivos estimables para llevar la interpretación por esa vía. La lectura del artículo 756 nos muestra entre los riesgos excluidos varios supuestos (cambio voluntario de derrotero, separación espontánea de un convoy, prolongación de viaje, disposiciones arbitrarias y contrarias a la póliza de fletamiento o al conocimiento), que, con excepción del vicio propio de las cosas aseguradas, plenamente justificado, responden a la idea de acto intencional. Cabe pensar que con la "baratería del patrón" ha querido aludirse a todos los demás daños no especificados que tengan su origen en una acción u omisión intencional, y que se refieran concretamente al daño *directamente* causado en las cosas aseguradas, algo que evocaría la significación tradicional de acto delictivo contra la propiedad de las cosas aseguradas. Esta argumentación es insuficiente, pero nada despreciable, a mi juicio, a la hora de examinar el texto y pensar en las razones por las que tanto el viejo Código como el actual, toman el término "baratería" sin recoger la definición de la misma que aparecía en su modelo francés.

En favor de esta interpretación está otro precepto de nuestro Código de comercio, el único, quizás, que proporciona algún apoyo para una noción legal de la baratería. Me refiero al artículo 809, 9.^a, que reproduciendo casi literalmente el artículo 935, 8.^º, del viejo Código, incluye entre las averías simples "cualquier daño que resultare al cargamento por *faltas, descuido o baraterías del capitán o de la tripulación*, sin perjuicio del derecho del propietario a la indemnización correspondiente contra el capitán, el buque y el flete". Este texto aporta, a mi juicio, un argumento de especial relieve en favor de la interpretación restrictiva de la *baratería*, en cuanto contrapone el acto de baratería a las faltas y al descuido, y sólo parece tener sentido

(29) URÍA, *El seguro marítimo*, Barcelona, 1940, pág. 125.

(30) Vid. URÍA, ob. cit., págs. 124 y sigs. GARRIGUES, ob. cit., pág. 689. Esta afirmación no se desvirtúa por el hecho de que al examinar el artículo 618, relativo a la responsabilidad del naviero por actos del capitán se hable de baratería *simple* o baratería en sentido amplio, con un alcance puramente doctrinal (vid. GARRIGUES, ob. cit., pág. 587; URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1966, págs. 894 y sig.). El Tribunal Supremo sólo incidentalmente ha aludido a la baratería como dolo o negligencia en la sentencia de 29 de marzo de 1927, pero sin enfrentarse directamente con el problema que plantea la interpretación del término en el artículo 756.

viendo en la baratería el acto doloso o realizado con culpa grave. Es muy probable que el texto tenga su origen en nuestra mejor tradición. No aparece en esos términos en el Código francés y sí se puede encontrar su inspiración en el capítulo 20 de las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Mientras la doctrina francesa e italiana tuvieron que realizar considerables esfuerzos —como hemos visto— para superar los inconvenientes de una definición amplísima de la baratería, nosotros podemos ahorrarnos ese esfuerzo pensando en que el Código no define la baratería, y en el único precepto en que se proporciona alguna base para su interpretación, esa base está en favor de la noción de la baratería como acto doloso o intencional. En esta misma línea cabe citar ahora la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955, que incluye bajo la expresión "Baratería y fraude", la sección primera del capítulo sexto, título primero, relativo a los "delitos contra la propiedad", pues si bien es cierto que esta noción excesivamente restringida tal vez no sea aceptable para la interpretación de aquellos preceptos del Código, no lo es menos que constituye una muestra más del apego de esta expresión a su significación tradicional en nuestro ordenamiento, a aquella idea de pérdida causada por malicia o dolo del capitán o la tripulación (31).

Un último argumento, más bien de carácter sistemático, se puede ofrecer en relación con el Código vigente. Me refiero concretamente a su sensibilidad para percibir la expansión de la cobertura del seguro a la misma culpa del asegurado. Nuestro Código de comercio de 1885 es, en efecto, uno de los primeros en reconocer la extensión del riesgo al evento culposo. El artículo 396 relativo al seguro de incendios, modelo de los seguros terrestres contra daños en las cosas, extiende la cobertura al incendio producido "por negligencia propia o de las personas de las cuales responda civilmente", liberando al asegurador en caso de "incendios ocasionados por el delito del asegurado". La norma constituye ciertamente una buena manifestación de aquella tendencia que viene a cubrir los actos culposos del asegurado y sus dependientes, e incluso de los actos dolosos de los dependientes, pues la exclusión sólo va referida al "delito del asegurado". Pero sin llegar a este extremo, efectivamente dudoso y que no tiene confirmación en la práctica de nuestras pólizas, es obvio que la norma introduce una clara distinción entre negligencia y acto doloso o delictivo del asegurado, incluyendo en la cobertura en cualquier caso, la negligencia del asegurado y de las personas de las cuales responda civilmente.

Esta consideración no puede ser tomada como decisiva para la interpretación de una expresión como la de "baratería del patrón", tan específica del Derecho marítimo, pero puede ser invocada para

(31) Es necesario advertir también que la significación como acto delictivo es la que inspira las distintas acepciones del término recogida en el Diccionario de la Real Academia Española; significación que muy justamente se pondera, aunque manteniendo, a mi juicio, la idea de una acción u omisión intencional, cuando define la "baratería de capitán o patrón", como "acto u omisión de los que mandan o tripulan un buque, en perjuicio del armador, del cargador o de los aseguradores".

mostrar la conveniencia de una interpretación restrictiva de dicha expresión. En la explotación moderna del seguro no es fácil, ciertamente, encontrar una justificación suficiente a normas tan dispares; si se acepta la amplia noción de baratería resultará, en efecto, que mientras el seguro de incendios cubre el siniestro ocasionado por culpa del asegurado, el seguro marítimo excluye los daños causados por simple negligencia de los auxiliares, e incluso los provocados por simple negligencia de personas que no tienen ninguna relación con el causante del daño como sucedería en el caso de daños por negligencia del capitán o la tripulación en el seguro marítimo de mercancías. El asegurador marítimo se encuentra en situación especial frente a la actuación del capitán y la tripulación y se comprende que prefiera una exoneración de este riesgo; pero independientemente de las dificultades que se le vienen planteando en materia de prueba para poder liberarse de la indemnización en caso de culpa del capitán o la dotación, parece correcto estimar que, como sucede en las legislaciones más modernas, la regla general debe acercarse a la evolución sufrida en el seguro terrestre, consagrando la responsabilidad del asegurador en caso de culpa del capitán y la tripulación en cualquier supuesto (salvo el dolo o fraude en el seguro sobre cuerpos), sin perjuicio de las cláusulas contrarias que puedan establecerse.

Como el Código de comercio en su artículo 756, 5.^o, admite la posibilidad de pacto en contrario, es decir, de pacto que incluya el riesgo de baratería en el seguro, toda nuestra exposición resultaría en buena parte innecesaria si a la postre nuestras pólizas resolvieran la cuestión adecuadamente. Pero no sucede así y de ahí también los problemas que se siguen suscitando en la práctica.

La póliza española de "seguro de buques" se limita en su artículo 2.^o a indicar cuáles son los riesgos excluidos, además de los referidos en el artículo 756 del Código de comercio. Es interesante, no obstante, la enumeración posterior de los riesgos excluidos; se percibe en ellos la influencia de los modelos ingleses, tal como vimos también en las pólizas italianas y francesas, pero no se alude a los actos de dolo o fraude del capitán. La razón puede estar en que esa exclusión está ya en la exclusión de la baratería del artículo 756. Me inclino incluso a pensar que la póliza se atiene a la idea estricta de la baratería como acto doloso o gravemente culposo, pues en otro caso sería difícil explicar la exclusión que aparece en dicho artículo 2.^o al referirse a "daños provenientes de dolo o negligencia grave del armador". Ha de entenderse que al expresarse en esta forma la póliza cubre los daños provenientes de culpa no grave del armador —asegurado, y siendo esto así, con mayor razón ha de cubrir los daños provenientes de culpa no grave de sus auxiliares marítimos. Parece, pues, correcto estimar, que la exclusión queda limitada a la "baratería" en sentido estricto del capitán o la tripulación (32).

(32) La baratería así entendida queda, incluso, parcialmente cubierta en el caso de "abordaje culpable", pues en este supuesto el asegurador cubre el 75 por

Estas conclusiones pueden verse alteradas por la inclusión habitual de las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres. Normalmente la cobertura se extiende (vid. las "Institute Time Clauses. Hulls", o las "Institute Time Clauses. Hulls. F. P. A. Absolutely", en su número 7) a la negligencia del capitán, oficiales, tripulación o prácticos, con tal que la pérdida o daño no resulte de falta de la debida diligencia del asegurado, armadores o gerentes. El juego del condicionado general de nuestra póliza en relación con la inclusión de aquellas cláusulas puede dar lugar en esta materia, como en tantas otras, a gran número de conflictos, generados por falta de coherencia y las diferencias técnicas entre unas y otras cláusulas. Esta es, nos parece, una de las razones más poderosas para proceder a la revisión de la póliza española de cascos (33).

Si de aquí pasamos a la "Póliza española para el seguro marítimo de mercancías y otros intereses de cargador", la crítica tendría que ser aún más severa. La póliza declara cubierta la "baratería del capitán solamente cuando los riesgos recaigan en buques de vapor de hierro o acero o motonaves oficialmente habilitadas para el transporte de viajeros, y cuando de ella no resulten cómplices el asegurado, cargador, receptor o cualquiera de sus agentes". Y decimos que la crítica habría de ser más rigurosa porque en el seguro sobre facultades —como hemos indicado reiteradamente— la exclusión del riesgo de baratería como principio general no encuentra actualmente justificación; y menos aún, por supuesto, en los términos en que lo hace nuestra póliza al aludir a la excepción relacionando la posible cobertura de la baratería con una determinada clase de buques. También en este caso el alcance puede alterarse con la inclusión de las cláusulas inglesas u otras supplementarias redactadas por los organismos sindicales o corporativos oportunos; y también por este lado, la póliza sobre facultades no es ajena a la apremiante necesidad de una revisión y puesta al día del

100 de la indemnización debida al otro buque, siempre que no exceda de la suma asegurada. Se trata aquí de un seguro de responsabilidad (sólo cubre frente al recurso de terceros dañados) que puede alcanzar al supuesto de dolo o culpa grave del capitán o la tripulación. Se recoge en aquél artículo 1.^o de la póliza, relativo a "riesgos asumidos", en el que también aparecen cubiertos otros supuestos de seguro de responsabilidad, como son los relativos a gastos de asistencia y salvamento y a las sumas debidas por contribución a la avería gruesa. El artículo 2.^o excluye, sin embargo "todos los recursos contra el armador por muerte o heridas por accidente o lesiones corporales, todas las reclamaciones contra el buque presentadas por los cargadores, fletadores o destinatarios de las mercancías porteadas, pasajeros o tripulantes del buque asegurado". Para conocer la razón de ser de estas cláusulas que se fueron incorporando a las pólizas en la práctica de otros países, puede resultar aún hoy muy útil la consulta del trabajo de DE COURCY (ob. cit., págs. 13 y sigs.).

(33) Sobre el tema, vid. MONFORT BELENGUER, *Comentarios sobre un proyecto de póliza nacional de cascos*, "Revista Española de Derecho Marítimo", 1966-67. En este estudio puede verse también una exposición adecuada sobre las razones que han determinado la inclusión de la baratería como causa de los riesgos en el Proyecto de Póliza de Cascos, así como de una definición de dicha baratería como "acto ilícito ejecutado con intención de perjudicar al propietario o al fletador, según el caso" (pág. 51).

articulado de nuestro Código de comercio y de las condiciones generales de los contratos en materia de seguro marítimo. En todo caso tampoco me parece dudoso, dado el mismo tenor de la póliza de mercancías, que la baratería excluida no alcanza aquí más que al acto doloso o intencional del capitán o la tripulación.

La compensación de culpas y el Texto refundido de 21 de marzo de 1968

MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO
Fiscal

SUMARIO: I. La compensación de culpas en el artículo 1.^o del Texto refundido.—II. La compensación de culpas y la acción ejecutiva regulada por dicho Cuerpo legal.

Constituye éste otro de los interesantes problemas que plantea la legislación especial en materia de accidentes causados por los vehículos de motor a que se refiere el Texto refundido de la Ley 122/1962 y el Reglamento del Seguro Obligatorio de 1964.

¿Cabe la compensación de culpas en dicha legislación especial? Ya el mero hecho de formular esta pregunta en relación con una disposición legal que regula la llamada “responsabilidad objetiva” o “sin culpa”, parece paradójico, en cuanto si el deber de indemnizar surge sin culpa, parece lógicamente imposible que puedan compensarse éstas.

Mas hemos de tener en cuenta que tanto la Ley 122/1962 como el Decreto 632/1968 no llegan a crear una auténtica “obligación objetiva”, o si se prefiere, una “obligación objetiva pura”, y si únicamente una “obligación objetiva atenuada” (1), construyendo un sistema de indemnizaciones que comprende desde los daños causados por vehículos de motor utilizados con la más esquisita diligencia y cuidado, hasta los originados por culpa civil, sin otras limitaciones que la “fuerza mayor extraña a la conducción o al vehículo” y la “culpa exclusiva del perjudicado”, que son precisamente las que hacen que el sistema no sea puro.

Quiere ello decir, por tanto, que en la construcción de la “deuda legal indemnizatoria” que hace la Ley 122/1962 y su Texto refundido de 1968, entran en juego tanto las conductas diligentes como las culpables o culposas, consecuencia de lo cual es, que el término “compensación de culpas” que empleamos en el presente trabajo sea un tanto genérico e incluso inexacto, en cuanto dentro de él vamos a comprender no solamente aquellos supuestos en los que hay culpa

(1) El primero en emplear esta frase, según nuestras noticias, fue el Procurador en Cortes, señor Gómez Aranda, en el Discurso de Defensa del Proyecto de Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor.

por parte del conductor del vehículo de motor y el perjudicado o víctima, sino también la no infrecuente posibilidad de que el resultado lesivo se produzca sin la menor culpa por parte del conductor y con una mayor o menor negligencia por la de la víctima.

I. LA COMPENSACIÓN DE CULPAS EN EL ARTÍCULO 1.^º DEL TEXTO REFUNDIDO

El sistema de indemnizaciones montado en las disposiciones legales que acabamos de indicar, admite únicamente dos excepciones a la obligación resarcitoria de las cuales solamente nos interesa aquí la primera del artículo 1.^º del Texto refundido de 1968, o sea, aquella que entra en funcionamiento "...cuando se prueba que el hecho fuera debido únicamente a culpa de la víctima...".

Ello supuesto, cabe preguntar qué alcance tiene o debe darse a dicho párrafo.

Para un cierto sector de la doctrina científica patria, el mismo, debe entenderse en el sentido de considerar eliminada la figura de la "compensación de culpas" en los daños causados por vehículos de motor (2).

Para otros, por el contrario, no debe entenderse cerrada tal posibilidad (3).

(2) Así se manifiestan, entre otros, MARTÍN (N. J.), ob. cit., pág. 309; SOTO NIETO, en sus comentarios a la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 5 diciembre 1967, Rv. D. Jud., núm. 33, 1968; págs. 137-138; URÍA, en *Problemas fundamentales...*, pág. 30, y en *El Seguro Obligatorio automovilístico y el Fondo de Garantía*, en V Curso..., cit., pág. 307; etc.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, de las Audiencias Territoriales, suele inclinarse más o menos indirectamente hacia la interpretación estricta de dicho párrafo, tomando para ello como punto de apoyo el principio de "inversión de la carga de la prueba" en relación con la mayor peligrosidad del medio "vehículo de motor", y la noción de "riesgo" que su empleo lleva implícito.

De todas formas, y sin perjuicio de estas sentencias que no llegan a afrontar más que indirectamente el problema, como por ejemplo la de la Aud. Terr. Barcelona de 8-VIII-1968, conocemos una que rechaza claramente la posibilidad de compensar las culpas en la Ley 122/1962, la de la Aud. Terr. de Albacete de 5-XII-1967 (Rv. D. Jud., núm. 33/1968, págs. 121-123).

(3) En este sentido, pueden citarse QUINTANO RIPOLLÉS, en *Responsabilidad...*, cit., pág. 134, donde nos dice: "La excepción de propia culpa de la víctima queda limitada al supuesto de su exclusividad, evidenciada en el texto legal al aludirse a que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado. No constituye, pues, una "compensación" de culpas sino una exclusión total de responsabilidades civiles por culpa única. Pero este principio, irrecusable en sí, no justifica que en la hipótesis por lo demás tan frecuente de culpas mutuas, ambas no puedan compensarse beneficiándose así uno de los culpables, de su propio y antijurídico comportamiento, cargándose injustamente así la responsabilidad sobre el otro, en especial, el conductor del vehículo que no siempre es el menos diligente."

Estamos totalmente conformes con los razonamientos de QUINTANO RIPOLLÉS, en cuya o parecida línea se encuentran CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La nueva ordenación...*, cit., pág. 222; DÍAZ VALCÁRCEL, *La responsabilidad....*

Ante estas dos posiciones, claramente contradictorias, nos inclinamos por la segunda con base en las consideraciones que hacíamos al comienzo del presente trabajo, y además en las siguientes:

a) Porque, en nuestra opinión, la frase transcrita del artículo primero del Texto refundido solamente puede entenderse en el sentido que realmente tiene, o sea, *el de exclusión absoluta del débito*

cit., pág. 114-1.^o; REYES MONTERREAL, *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 739 a 741; SÁNCHEZ CALERO, *La colisión de vehículos...*, cit., págs. 80-81-3); etc.

Por lo que a la doctrina jurisprudencial se refiere, podría distinguirse en lo que a esta posición respecta entre las resoluciones dictadas por los Tribunales de lo civil y las de lo penal.

Así, y por lo que a estas últimas respecta, el criterio más generalizado suele ser el de la admisión de la "compensación de culpas" en orden a las indemnizaciones derivadas de delitos automovilísticos.

Ejemplo de esta posición, son la sentencia de la Audiencia de Palencia de 20 septiembre 1968, en cuyo Considerando 2.^o, se dice: "...concurriendo las culpas del sujeto activo y del pasivo, *que si tienen una compensación en el orden de la indemnización civil*, como acertadamente resuelve el Juez de Instrucción...". También interesante, en relación con la materia, es la Sentencia de la Sala de lo penal de la Aud. Terr. de Valladolid de 23 octubre 1969, que admite dicha compensación en orden a las indemnizaciones debidas por el Seguro Obligatorio en una causa por delito de imprudencia cometido con vehículo de motor.

Lo mismo acontece con la Sala 2.^a del T. S., que en varias sentencias por ella dictadas, admite la compensación de culpas en orden a las consecuencias civiles de los delitos cometidos con vehículos de motor (imprudencias temerarias y simples con infracción de reglamentos), tal acontece por ejemplo, con las de 30 mayo 1967; 23 diciembre 1968 y 17 febrero 1969.

En cuanto a la jurisdicción civil se refiere, hemos localizado una sentencia que se enfrenta con la cuestión directamente; la de la Aud. Terr. de Burgos de 29 de mayo de 1969, a la que nos referiremos con más detalle en la nota 11. Existe otra de la Aud. Terr. de Valladolid, de 27 de enero de 1970, en cuyo considerando tercero parece admitirse, al menos implícitamente, la posibilidad de "compensar" las culpas en estos supuestos, al decir que "...Tampoco es posible disminuir el "quantum" porque la deuda indemnizatoria se determinó al conjugar las conductas en la producción del resultado, y si ahora se argumenta la quita se provoca una nivelación ya resuelta por el Juez que dictó el Auto".

Por último, hemos de hacer mención a dos sentencias de la Sala 1.^a de la Aud. Terr. de Coruña, la de 13 de mayo y la de 31 de diciembre de 1965, así como a otras dos de la Aud. Terr. de Oviedo, las de 26 de agosto y 29 de octubre de 1969. En todas se admite claramente la "compensación de culpas" en materia de accidentes automovilísticos, mas pese a ello, es lo cierto que no llegan a enfrentarse directamente con el problema, en cuanto aplican dicha "compensación" no con base en el artículo 39 de la Ley 122/1962 o 1.^o de su Texto refundido, sino manejando los artículos 1.103 y 1.902 del Código civil. De todas formas consideramos muy significativas dichas resoluciones, en cuanto todas ellas vienen referidas a supuestos de resultados lesivos producidos por vehículos de motor acontecidos después de la entrada en vigor de la Ley 122/1966, e incluso, las de Oviedo, después del Texto refundido 638/1968.

Algo parecido acontece con la jurisprudencia de nuestro T. S., cuya sentencia de 10 julio 1969 (Sala 1.^a), relativa a un supuesto de daños causados por vehículos de motor, con aplicación del artículo 39 de la Ley 122/1962, parece admitir tal compensación de culpas, bien que sólo argumentalmente. A su vez, la de 30 abril 1969, de la misma Sala, aun cuando no trata específicamente el problema, no rechaza la posibilidad de compensación, y así, en su Cuarto Considerando, después de establecer que no constituye novedad

indemnizatorio, cuando la culpa sea total y exclusiva del perjudicado.

Entenderla en el sentido que rechazamos, o sea, en el de que únicamente juega la culpa total de la víctima para eliminar la "obligación legal de indemnizar", implicaría hacer uso de una interpretación extensiva desde el punto de vista del "deudor", al proyectar el deber de resarcir incluso sobre los casos de clara y flagrante, pero no exclusiva culpa de la víctima, interpretación que en nuestro modo de ver es contraria a los principios de "equidad" (4).

b) Porque el hecho de que el conductor actúe con culpa no puede impedir que la víctima se conduzca análogamente, y el mecanismo de la culpa civil es algo que se encuentra admitido por la doctrina tanto científica como jurisprudencial, y no rechazado expresa ni tácitamente por la Ley 122/1962 ni el Decreto 632/1968.

Cierto, que no siempre la culpa de la víctima alcanzará una intensidad tal como para eliminar la "deuda legal indemnizatoria", e incluso puede no disminuir siquiera su cuantía, pero esto acontece tanto en el mecanismo de la "obligación legal de resarcir", regulada en el artículo 1.^º del Texto refundido, como en el del débito indemnizatorio derivado del juego de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil (5).

alegar dicha compensación, rechaza el motivo que sirve de apoyo a dicha alegación diciendo: "...debe notarse que valoradas jurídicamente todas las circunstancias concurrentes en el suceso, la culpa o negligencia del repetido conductor es la de mayor entidad, teniendo carácter preponderante si se la compara con la del perjudicado, centrada ésta exclusivamente en la mera inobservancia de la norma de comportamiento... por lo que en definitiva se impone la desestimación de dicho motivo...".

Vemos, pues, que en esta sentencia no se rechaza la "compensación de culpas" porque sea técnica o jurídicamente improcedente, ni porque esté en contradicción con los mandatos de la norma positiva, sino por el hecho de existir únicamente una culpa relevante en orden a la producción del resultado, la del conductor del vehículo de motor.

(4) Entendemos aquí la "equidad", en el sentido que la doctrina jurisprudencial suele emplear tal concepto, esto es, en el de equivalente a los principios de Justicia para interpretar los preceptos legales (sobre esta cuestión, puede consultarse el magnífico trabajo del profesor CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de la equidad y sus relaciones con otras ideas...*, discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales del 15 septiembre 1950; también es interesante el estudio que de la "equidad" hace el profesor DE CASTRO, en su "Derecho civil de España", págs. 425-427, y especialmente el párrafo que dice así: "Supuesto de la aplicación de la equidad es la *inadecuación (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo*; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia; es éste el que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule no por esa regla, sino por el principio de Justicia".)

(5) Es más, en nuestra opinión y habida cuenta el espíritu que sirvió de inspiración a la Ley 122/1962 y su Texto refundido, nos inclinamos a considerar que la "compensación" que propugnamos no sólo exigirá una clara y manifiesta "culpa de la víctima", sino también que dicha culpa haya contribuido en una gran medida bien que no exclusivamente a la producción del resultado, dada la desproporción existente entre el medio productor del daño (vehículo de motor) y la víctima (persona humana).

c) Porque, en nuestro modo de ver, no puede considerarse que la solución que propugnamos vulnere los principios de la citada Ley 122 ni de su Texto refundido, en cuanto el hecho de que, según la Exposición de Motivos de aquélla, el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la víctima como consecuencia de la circulación se busque a ultranza, no es obstáculo para que en la misma Ley se establezcan, como hemos ya indicado, causas de exclusión del débito indemnizatorio.

Consiguientemente y supuesto que se admite lo más como causa de exclusión de dicha "obligación" (*culpa exclusiva* de la víctima), ¿por qué no admitir lo menos (*culpa reciproca*) como motivo, no de exclusión y sí sólo de disminución o menor aún, "compensación", del "quantum" indemnizatorio?

Cierto, que en favor de la tesis contraria a dicha compensación pueden alegarse muchas razones, entre ellas, que siendo el artículo 1.^º del Texto refundido un precepto de carácter restrictivo, no puede ampliarse ni extenderse a otros supuestos; y también, la famosa máxima jurídica "Ubi lex non distinguit..." (6).

Mas, en primer lugar, ¿hasta qué punto se puede afirmar que el artículo 1.^º del citado Texto es una disposición plenamente restrictiva?

Porque efectivamente lo es y ello no puede discutirse en cuanto limita la posibilidad de exclusión del débito indemnizatorio a dos concretos y únicos supuestos: *la culpa exclusiva de la víctima, y la fuerza mayor extraña a la conducción o al vehículo*.

En consecuencia, entender que lo fuese también el "caso fortuito", o la "fuerza mayor" no extraña al vehículo o a la conducción del mismo, o la culpa exclusiva de un tercero, supondría efectivamente quiebra de dicho principio.

Mas la tesis que propugnamos no implica ampliación ni extensión de las causas de extinción del "débito indemnizatorio" y sí, únicamente, completar el ciclo del mismo mediante el juego del mecanismo compensatorio.

Por otra parte, ¿por qué no considerar extensiva la interpretación que rechaza dicha compensación? Porque lo cierto es que todo dependerá del prisma en que nos situemos para enfocar el problema.

Así, desde el punto de vista de la víctima o perjudicado, sería efectivamente interpretación extensiva aquella que autorizase la "compensación de culpas", dado que ello implicaría ampliar el alcance de la frase "culpa exclusiva" que emplear el artículo 1.^º del Texto refundido.

Mas es evidente que para el conductor del vehículo causante del daño ésta interpretación será también extensiva, en cuanto con ella se amplía el ámbito cuantitativo de su "objetivo deber de indemnización".

(6) Ambos principios se encuentran admitidos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 27-II-1909; 11-III-1911; 18-III-1945; 10-V-1947; 31-III-1949; 13-V-1950, etc.

zar”, al disminuir las posibilidades de limitar por “compensación” el “quantum” indemnizatorio.

En orden a la aplicación del principio “Ubi lex non distinguit...”, se puede oponer, que en el citado artículo 1.^º del Texto refundido se distingue perfectamente:

- a) Una obligación legal de indemnizar, y
- b) Una exclusión absoluta de dicho “débito” por “culpa exclusiva” del perjudicado (7).

A la vista de lo expuesto, parece que el ciclo de la “deuda resarcitoria” se encuentra incompleto, en cuanto faltan lo que pudiéramos llamar “situaciones intermedias”, porque cierto es que el conductor está obligado “...a reparar el *mal causado...*”, más no lo será menos que una parte de ese daño se lo ha causado la propia víctima con su culpa. En consecuencia, ¿deberá el conductor satisfacer el importe del daño que no ha causado?

Por otra parte, cierto es, igualmente, que el resarcimiento de la víctima “...se busca a ultranza...”, tanto en la Ley 122/1962 como en su Texto refundido, pero también lo es que dicho resarcimiento se busca “...con pleno fundamento jurídico...”, y la “compensación” es un modo de extinguirse las obligaciones legalmente admitido.

A mayor abundamiento, cabe formular la siguiente pregunta: ¿supone “distinguir”, o es más bien “completar”, propugnar la “compensación de culpas” al amparo de la dicción del artículo 1.^º del Texto refundido de 1968?

Por último, y para concluir este epígrafe, hemos de hacer las siguientes indicaciones:

1.^a Que la posibilidad de “compensar” las culpas del conductor y el perjudicado al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.^º del Texto refundido, la entendemos como excepción (8).

2.^a Que la estimación y consiguiente declaración de dicha compensación es facultad reservada a los Tribunales de Justicia.

3.^a Que dicha “compensación” puede afectar tanto a las indemnizaciones que deban satisfacerse con cargo al Seguro obligatorio como a las debidas por el conductor y en su caso propietario del vehículo causante de los daños, en aquellos supuestos en los que el

(7) Prescindimos aquí de la “fuerza mayor extraña al vehículo o a su conducción”, en cuanto limitamos el objeto de nuestro estudio a la “culpa del perjudicado”.

(8) Con ello, queremos indicar, que únicamente la culpa grave aunque no exclusiva de la víctima, siempre que resulte debidamente acreditada, podrá operar la compensación.

Y decimos que sólo la “culpa grave”, en cuanto de los dos elementos que intervienen en los resultados de los accidentes provocados por vehículos de motor; la víctima y el vehículo, el más débil y necesitado de protección, es aquéllo.

En consecuencia, una culpa mínima o incluso “lata” del perjudicado, no la creemos estimable a los efectos compensatorios en un sistema de “obligaciones objetivas indemnizatorias”, como es el creado por la Ley 122/1962 y su Texto refundido de 1968.

débito indemnizatorio concedido por los Tribunales sobrepase el “*quantum*” señalado como límite para aquel Seguro (9).

II. LA COMPENSACIÓN DE CULPAS Y EL ARTÍCULO 18 DEL TEXTO REFUNDIDO

Este precepto dice así:

“Artículo 18. *Oposición.*—El asegurador podrá oponerse a la ejecución alegando, además de los motivos autorizados en los artículos 1.464 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los señalados en el artículo primero de esta Ley” (10).

El problema que este artículo plantea es en realidad de carácter procesal. No obstante, estimamos conveniente su examen, en cuanto en nuestro modo de ver de la solución que se adopte en su interpretación, dependerá que la “compensación de culpas” tenga o no eficacia sustantiva.

En efecto, la situación que dicho precepto nos plantea es la relativa a inquirir si en el supuesto de que se inste por las personas a que se refiere el artículo 4.^º-I del Texto refundido la acción ejecutiva regulada en sus artículos 9 y siguientes, podrá o no oponerse y en su día estimarse la “compensación de culpas”.

La cuestión se presenta aquí acaso más difícil que en el supuesto anterior, en cuanto a las dificultades que en aquél se ofrecen ha de agregarse el hecho, de que la “compensación de culpas” no se encuentra entre los motivos de oposición a la ejecución admitidos por el Texto refundido ni por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil citados en su artículo 18.

Por otra parte, la doctrina científica que hemos tenido ocasión de consultar no se manifiesta sobre el problema y en cuanto a la jurisprudencial, aún no abundante, muestra las vacilaciones propias del conflicto entre una interpretación restrictiva de los artículos 9

(9) Por último, hemos de indicar, que aun cuando acaso en el ámbito de la doctrina jurisprudencial (excluido el Tribunal Supremo) no siempre se admite expresamente esta compensación, es lo cierto, que se viene aplicando “de facto” siempre que la prueba acredita la “culpa” compensable del perjudicado, disminuyendo el “*quantum*” de la indemnización que en otro caso se hubiere concedido.

(10) Es evidente el error gramatical sufrido en la redacción de este precepto, en el que el término Ley carece de sentido, habida cuenta que se trata de un mero Decreto, y ni tan siquiera, de un Decreto-Ley.

Ello, obedece posiblemente, a falta de cuidado en la transcripción de los artículos de la Ley 122/1962, en cuanto hasta una somera comparación de este precepto con el artículo 53 de la Ley 122/1962, para ver que se trata de una copia en la que únicamente se ha cambiado la referencia al artículo 39 que en aquella Ley se hacía, por la del artículo 1.^º del Texto refundido, pero conservando el término Ley, hoy totalmente inadecuado.

y 1.^º del Texto refundido y la aplicación de los principios de "equidad" (11).

Nuestra opinión: Supuesto que para nosotros el artículo 1.^º del Texto refundido permite compensar las culpas a los efectos de determinar el "quantum" del "débito indemnizatorio", es lógico que

(11) Conocemos únicamente cuatro resoluciones que afecten más o menos directamente a la cuestión que estamos examinando, y en ellas pueden observarse las dudas y vacilaciones a que haciamos referencia en el texto.

La primera, es una sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, dictada el 11 de julio de 1968 (vid. Rv. Gral. D., págs. 349-350/1969). Viene referida, precisamente, a un supuesto en el que se ha ejercitado la acción ejecutiva a que nos estamos refiriendo. En ella, se rechaza la "plus petitio" por estimar no viene admitida en el artículo 18 del Texto refundido. Así mismo, se rechaza la posibilidad de operar la "compensación de culpas", estableciendo en uno de sus considerandos que "...los expresivos términos del precitado artículo 39 impiden acoger un principio de ponderación de culpa para estimar preponderante la de la víctima y deducir, como se ha pretendido en el acto de la vista, la propia y exclusiva responsabilidad de aquélla".

Frente a dicha resolución, la sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Valladolid de 30 de septiembre de 1969, sienta la tesis contraria cuanto: a) Admite la culpa por parte de la víctima o mejor dicho, de sus padres ("culpa in vigilando"), como productora en gran medida del resultado; b) Sienta el principio (primer Considerando), de que "...Si la culpa exclusiva de la víctima excluye totalmente de responsabilidad civil, la compartida excluirá sólo parcialmente..."; c) Consagra, igualmente, el principio de que "...no es obstáculo el título ejecutivo base de la acción, que no señala una cantidad fija, sino un tope máximo, que podrá rebajarse a virtud precisamente de la excepción compensatoria"; d) Admite la excepción de "plus petitio", encajable en el artículo 1.466 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Estamos plenamente conformes con el contenido de esta sentencia, a excepción de la "plus petitio", que estimamos inaplicable en los juicios ejecutivos especiales del Texto refundido de 1968, por las razones que hemos indicado en otro lugar.

A su vez, la sentencia de la misma Sala de 27 de enero de 1970, en un supuesto en que también se ejercitaba la acción ejecutiva regulada en los artículos 9 y siguientes del Texto refundido de 1968, sanciona los siguientes principios: a) Concurrencia de culpas en el conductor del vehículo de motor y la víctima, al establecer que "El peatón que sale por la izquierda no se atuvió a las contingencias del tráfico, pero el chófer actúa la causa desencadenante por la velocidad y potencia del aparato peligroso. O sea, es imposible atribuir la desgracia únicamente al comportamiento del perjudicado"; b) Parece admitir, al menos implícitamente la "compensación", al establecer: "...Tampoco es posible disminuir el "quantum" porque la deuda indemnizatoria se determinó al conjugar las conductas en la producción del resultado, y si ahora se argumenta la quita se provoca una nivelación ya resuelta por el Juez que dictó el auto." Como puede observarse, la práctica judicial viene realizando la compensación de culpas previamente al proceso ejecutivo; c) Parece admitir, al menos también implícitamente, la "plus petitio", que nosotros rechazamos.

Por último, haremos referencia a una sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos, de 29 de mayo de 1969, que en un ejecutivo del artículo 47 de la Ley 122/1962 (4 y 9 y sigs. del Texto refundido) opera la compensación de culpas de víctima y conductor (Considerandos segundo y cuarto) y la consiguiente disminución del "quantum" indemnizatorio, diciendo: "...que al no aparecer como única la culpa o negligencia de la víctima debe decretarse la responsabilidad de la aseguradora aunque haciendo una importante disminución en la cuantía de la indemnización reclamada al valorar la con-

mantengamos análoga opinión en lo relativo al ejercicio de la acción ejecutiva que autorizan los artículos 4 y 9 y siguientes de dicho Texto.

En consecuencia, y por lo que al ejercicio de la especial acción ejecutiva regulada en dichos preceptos se refiere, somos de la siguiente opinión:

a) Que en dicha clase de juicios podrá operarse la "compensación de culpas" si resultare debidamente acreditada.

b) Que dicha "compensación" puede lograrse a través de un motivo de oposición admitido por el artículo 18 en relación con el 1.^º del Texto refundido; "la culpa exclusiva de la víctima".

Ello indicado, la construcción de tal posición la apoyamos en las siguientes consideraciones:

1.^a Por el juego de las razones y principios que alegábamos en el epígrafe anterior.

Téngase a estos efectos en cuenta que si "la compensación de culpas" que en nuestra opinión permite el artículo 1.^º del Texto refundido fuere una indiscutible realidad legal, rechazarla cuando se trata del ejercicio de la acción ejecutiva que la Ley ha creado expresamente para facilitar la percepción del "débito indemnizatorio", convertiría la "obligación legal" que la Ley 122/1962 estableció en una pura entelequia.

2.^a Entre los motivos de oposición que autoriza el artículo 18 del Texto refundido al ejecutado, se encuentra, además de los recogidos en los artículos 1.464 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los del artículo 1.^º de dicho Texto, uno de los cuales es la "culpa exclusiva de la víctima".

Es evidente, en consecuencia, que esa "culpa exclusiva" puede alegarse siempre por el ejecutado (12). Y nos parece a su vez evidente, que practicada la prueba y llegado el momento de dictar sentencia, el órgano judicial pueda encontrarse únicamente ante una de estas tres situaciones:

- a) Que se haya acreditado la "culpa exclusiva" del perjudicado.
- b) Que se prueba la "culpa de la víctima" y la del conductor del vehículo.

tribución de la víctima a su propio daño y como sea que ésta contribución se cifra en un porcentaje del cuarenta por ciento debe en él reducirse la suma señalada en el dictamen pericial que sirve de título a la ejecución.

(12) Cosa distinta, es que el juzgador la admite o no en la sentencia.

Ha de tenerse además en cuenta, que en la práctica jurídica se están alegando ciertos motivos de oposición que en nuestro modo de ver vienen claramente excluidos por la propia letra de la Ley 122 y su Texto refundido; tal acontece con la "plus petitio". No obstante, y como hemos tenido ocasión de comprobar (vid. nota anterior) este motivo ha sido admitido, sirviendo para ¿compensar? el débito indemnizatorio.

Y decimos que dicha excepción está claramente proscrita en el ejecutivo especial a que nos venimos refiriendo, desde el momento en que el artículo 18 que estamos comentando, autoriza únicamente las excepciones de los artículos 1.464 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, más no las del 1.466, donde viene regulada precisamente la "plus petitio".

c) Que se acredite no hubo culpa alguna por parte de la víctima.

En la primera de estas alternativas, el predicado del artículo 1.^º del Texto refundido permite una sola sentencia: la absolución.

En la tercera, la letra del citado precepto y el espíritu de la Ley 122/1962, no admiten tampoco más que una solución: la condena del conductor al abono de la totalidad del “débito indemnizatorio legal”.

En cuanto a la segunda situación, o sea, la intermedia, somos de la opinión que el órgano judicial debe ponderar las culpas, y si la del perjudicado fuere relevante para la producción del resultado dañoso, compensarla a los efectos del abono de la “deuda objetiva”.

Por otra parte, creemos que esta solución no contradice los principios que gobiernan el juicio ejecutivo especial a que nos estamos refiriendo, ni tampoco los del ejecutivo común de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Por lo que a los primeros se refiere, fijémos que el propio artículo 10-I de dicho Cuerpo legal nos dice que: “...el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma (la causa) dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado...”.

Ello implica, en nuestro modo de ver, que la cantidad fijada en el referido auto *no puede en ningún caso rebasarse por el Juez, más si disminuirse*, en cuanto constituye un mero límite máximo, pero no mínimo en orden al “quantum” indemnizatorio.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento civil, el artículo 1.473 nos dice que la Sentencia que habrá de dictarse en dichos juicios “...contendrá uno de los tres fallos que se determinan a continuación:

1.^º Seguir la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de ser pagada al acreedor.

La amplitud con que este número se encuentra redactado, permite concluir que el fallo a que el mismo se refiere autoriza al órgano judicial tanto a conceder la totalidad como una parte de la cantidad reclamada.

En consecuencia, si tal precepto es aplicable al ejecutivo especial del Texto refundido de 1968 (13), ¿por qué el fallo en esta clase de juicios y en esa misma situación, no puede otorgar sólo una parte de esa “...cantidad líquida máxima que puede reclamarse...”?

3.^º Por la propia práctica judicial. En efecto, aun cuando los Tribunales suelen rehuir el empleo del término “compensación de culpas”, lo mismo que han venido eludiendo el de “responsabilidad objetiva” (14), es lo cierto que todos operan de hecho dicha “compen-

(13) Y lo es efectivamente, por imperativo del artículo 17 del Texto refundido, a tenor del cual estas demandas ejecutivas, se tramitarán conforme a las reglas de los artículos 1.440 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(14) Esto último, con gran acierto terminológico aun cuando no técnico, en nuestro modo de ver, dado que si bien aferrados a la decimonónica teoría de la “responsabilidad por culpa” en la que se inspira nuestro Código civil, es

sación” al dictar el auto a que se refiere el artículo 9-I del Texto refundido (15).

Pues bien, si esto es así, ¿por qué no señalar una cantidad efectivamente máxima en dicho auto, y después compensarla o no, según el resultado de las pruebas practicadas? Porque lo cierto es que de no hacerlo así supone eludir el problema además de pugnar con la letra del citado artículo 9-I.

lo cierto que al aplicar el principio de la “inversión de la carga de la prueba”, o del “riesgo social”, no hacen en realidad otra cosa que sustituir la idea de la “culpa” por la de la mal llamada (en nuestro modo de ver) “responsabilidad objetiva”.

Va no obstante abriendose camino en el ámbito de la doctrina jurisprudencial, el principio del “objetivo deber de indemnizar”, que ya cada vez mayor número de resoluciones de los Tribunales declaran.

(15) Ejemplo de ello, lo vemos en la citada sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Valladolid de 27 de enero de 1970 (nota 11).

Por otra parte, es precisamente esta apreciación previa, en dicho auto, lo que inclina a los Tribunales a no aceptar en todo caso la compensación, criterio éste que no podemos compartir por razones tan obvias que no necesitan comentario.

Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III. forma o procedimiento

FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario de Segovia

SUMARIO: A. Consideraciones generales.—B. Diferentes procedimientos según las clases de adopción.—C. Clasificación de los sistemas legislativos.—D. Sistema español: a) Caracteres generales. b) Fase judicial. a') Adoptando no acogido a un centro benéfico. b') Adoptando acogido a un centro benéfico. c') Cuestiones particulares. c) Fase notarial. d) Fase registral.

III. REQUISITOS DE FORMA (PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCIÓN)

A) *Condiciones generales.*

La adopción puede configurarse en nuestra legislación como:

1.^º Un negocio jurídico del Derecho de familia. Según DÍEZ PICAZO, el negocio familiar puede definirse como aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar, y se caracteriza por la existencia de un interés público, de subordinación y autoridad, por su conexión con el estado civil de las personas —de donde se derivan ciertas características propias del estado civil— y por la vigorosa actuación del ingrediente ético y de orden público (1). Estos caracteres concurren, cabalmente, en la adopción. Dentro de los negocios jurídicos familiares, la adopción es un negocio de filiación, pues crea una relación de filiación legal.

2.^º Un negocio jurídico complejo, pues además del primordial efecto personal y de su repercusión familiar, las diversas declaraciones de voluntad pueden originar vínculos patrimoniales (pacto sobre el uso de los apellidos, pacto sucesorio).

3.^º Es un negocio jurídico de formación sucesiva, una especie

(1) Vid. DÍEZ PICAZO, Luis: *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, en RGLJ, junio 1962 y correspondiente "separata".

de acto-procedimiento, pues para que nazca son precisas varias declaraciones de voluntad emitidas sucesivamente ante funcionarios diversos, de tal manera que el negocio no surge de una vez pleno y perfecto, sino que se va formando a través de etapas o momentos distintos o sucesivos. Viene a consistir en una concatenación de actos preordenados a la producción de un efecto jurídico, de tal modo que cada uno, por sí solo, no es nada y sólo adquiere sustantividad jurídica mediante su recíproca integración.

Las fases que pueden distinguirse en la adopción, según esto, en nuestro régimen legal son:

1.^a Fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo.

Se integra por el consentimiento inicial manifestado en la solicitud de adopción, por la ratificación en ese consentimiento a presencia judicial, por la actividad investigadora y de control del juez y el Ministerio público, y por la declaración del órgano judicial autorizando (en su caso) la adopción.

2.^a Fase notarial, o central, generadora del vínculo adoptivo.

En esta fase es cuando se constituye propiamente la adopción, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

3.^a Fase registral, final o de publicidad.

Consiste en la inscripción de la adopción en el Registro del estado civil.

4.^º Un negocio jurídico solemne, como lo son, por lo general, los de Derecho de familia, pues se exige una forma especial, "ad substantiam". Como tal acto solemne precisa la intervención y la sanción de la Autoridad pública, constatada, por regla general, a través de varios funcionarios.

La necesidad de un procedimiento para establecer la adopción no viene sólo determinada por consideraciones doctrinales, sino que es una exigencia práctica. Aunque se quisiera prescindir de construcciones doctrinales es lo cierto que, en la práctica, se impone la necesidad de un procedimiento para la adopción, el cual tiene carácter especial en virtud de las peculiares medidas que sancionan su eficacia, dirigidas a controlarla eficazmente, pues así lo requieren, de una parte, su importancia y trascendencia, y de otra parte, la misma política de favorecer la institución, condicionada a la observancia de requisitos redundantes en beneficio del adoptado, sobre todo en la adopción de menores. He aquí la razón por la que el procedimiento establecido para realizar la adopción llega a adquirir el carácter de verdadero requisito; no se trata ya de una cuestión meramente formal, externa, sino de los requisitos formales de la adopción, con igual importancia que los requisitos materiales y en íntima conexión con ellos (2).

(2) Según MANRESA, las formalidades de la adopción son solemnes, establecidas en interés público y, por lo mismo, inderogables por la voluntad de las

Prueba, al menos indiciaria, de ello es que el procedimiento aparece regulado con preferencia en los Códigos civiles o leyes sustantivas en vez de serlo en las leyes procesales.

Naturalmente, la intervención estatal no se ha dejado sentir con la misma intensidad en todas las épocas. Es curioso notar que mientras en los Derechos antiguos la intervención estatal se encuentra, por regla general, fuertemente establecida, en el Derecho moderno no ha sido así hasta que se impuso la nueva concepción de la institución. En efecto, el sistema liberal e individualista decimonónico destaca el elemento contractual, por lo que PLANIOL, por ejemplo, podía considerar como hecho insólito que el Código civil francés exigiera la homologación judicial del *contrato* de adopción (3). Se podía ver aquí, a fines del pasado siglo y comienzos del presente, una supervivencia del antiguo formalismo, destinada a desaparecer cuando la adopción hubiese adquirido definitivamente su carácter contractual. Mas las cosas ocurrieron de manera muy diferente. Lejos de agudizarse la característica contractual, se oscureció para dejar paso a las modernas concepciones y así, las legislaciones actuales tienden muy netamente a restituir a la adopción su antiguo carácter de acto que interesa no sólo a quienes lo celebran y son partes en el mismo, sino también a la familia y a la sociedad, y que, por esta razón, debe ser controlado directamente por órganos estatales. Desde la antigüedad, se manifiesta la intervención del poder público en la creación del vínculo adoptivo. En el Derecho romano esa intervención iba desde la aprobación del magistrado para la adopción del "alieni iuris" hasta la necesidad de una ley en la adopción del "sui iuris" (arrogación). Con el tiempo, la potestad legislativa pasó del pueblo al príncipe, quien, como depositario de la misma, debía autorizar la adopción (4). Cuando se discutió la adopción en el Consejo de Estado francés, se propuso la forma legislativa como la más adecuada, pero al final se impuso el acuerdo de voluntades sometido a la homologación judicial, que es la forma más difundida aun en el presente.

El formalismo de la adopción actúa de dos maneras diferentes. En sentido estricto, como las formalidades propiamente dichas sin cuya observancia el acto no es válido. En segundo lugar, mediante el establecimiento de un control que somete la adopción, incluso en el

partes (Manresa y Navarro, J. M.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880, 6.^a edic., edit. Reus, Madrid 1948, tomo VIII, págs. 355-382; Comentarios al Código civil español, 6.^a edic. revisada por F. Bonet Ramón, t. II, artículos 154 a 332, Madrid, edit. Reus, 1945, pág. 117).

(3) PLANIOL, Marcel: *Traité élémentaire de Droit civil*, 5^e édit., 1908, tomo I, pág. 516.

(4) Según la Partida 4.^a, título XVI, ley IV, "infante es llamado según latín, todo moço que es menor de siete años: a este a tal non aiendo padre, non lo puede ninguno porfijar: porque non ha entendimiento para consentir. Mas el moço que fuese mayor de siete años, e menor de catorze bien lo puede porfijar con otorgamiento de rey: e non de otra guisa".

caso de que se hayan cumplido todas las formalidades anteriores, a la indispensable aprobación de la autoridad pública. En el primer sentido, se trata de comprobar si se cumplen los requisitos formales y en el segundo de una inspección sobre el fondo, de carácter casi discrecional en cuanto a las facultades que se conceden al órgano competente para realizarla. El control meramente formal y externo está representado en toda su pureza por el Código civil francés de 1804, que limitaba la intervención judicial a comprobar si se habían cumplido los requisitos legales señalados objetivamente (5), mientras que el control material e interno caracteriza a las legislaciones actuales, cuando exigen que la adopción se funde en justos motivos y presente ventajas para el adoptado, otorgando a los órganos llamados a verificar el control la facultad de apreciar si concurren esos justos motivos y ventajas. La diferencia entre ambos tipos de control se percibe claramente comparando el antiguo artículo 355 del Código civil francés, que sólo permitía al tribunal comprobar si se habían cumplido los requisitos legales, con el criterio establecido por la Ley francesa de 19 de junio de 1923, que concedía al tribunal un poder discrecional para estimar si la adopción estaba inspirada en justos motivos y presentaba ventajas para el adoptado (6), criterio que fue recogido por el Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, llamado "Código de la familia francés", en su artículo 360, y actualmente por el artículo 361 del Código civil (7). Este sistema es el universalmente seguido hoy día, pudiendo citarse entre otras la ley uruguaya de 20 de noviembre de 1945 (art. 2.º), la húngara de 6 de junio de 1952 (artículo 49), la dominicana de 13 de abril de 1948, la alemana de 23 de noviembre de 1933, la inglesa de 1926, la belga de 1940 (que modifica el artículo 343 del Código civil), la danesa de 25 de mayo de 1956 (art. 8.º) y los Códigos griego (art. 1.578), mejicano (art. 390), peruano (art. 326), venezolano (art. 253) e italiano (art. 312) (8). Esta es también la dirección seguida por nuestro Código civil y mantenida en

(5) Art. 355 del Código civil francés de 1804: "Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera: 1.º, si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2.º, si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation."

(6) Art. 363 del Código civil francés redactado por Ley de 19 de junio de 1923: "Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, après s'être procuré les renseignements convenables, vérifie: 1.º, si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2.º, s'il y a de justes motifs de l'adoption et si celle-ci présente des avantages pour l'adopté."

(7) Art. 361 del Código civil francés: Idéntica redacción que el precedente, añadiendo: "3.º Cuando el adoptado es menor de dieciséis años, si existen motivos que puedan oponerse que se le atribuyan como únicos apellidos los del adoptante."

(8) Art. 312 del Código civil italiano: "Comprobaciones del Tribunal de Apelación.—El Tribunal, elevada la correspondiente información y oídos los padres del adoptante, comprueba: 1) Si se han cumplido todos los requisitos legales. 2) Si goza de buena fama el que desea adoptar. 3) Si la adopción conviene al adoptando."

la reforma de 1958, aunque ésta no haya sido sobre este punto todo lo clara que hubiese sido de desear.

B) *Diferentes procedimientos según las clases de adopción.*

Existen legislaciones que establecen diversas formalidades para la adopción según que el adoptado sea mayor o menor de edad. En el primer caso, la adopción se lleva a cabo con un mínimo de solemnidades y publicidad, conservando el acto cierto carácter contractual, mientras que cuando el adoptando es menor, se exigen mayores formalidades, entre ellas, con carácter indispensable, la intervención judicial, bien la de un juez ordinario, bien la de un juez especial de menores o el asesoramiento de organismos especializados en la protección a la juventud. Tal fue el sistema establecido por la Ley de 1.^º de agosto de 1934 que introdujo la adopción en Costa Rica, siquiera se haya abandonado posteriormente (9) y por el Código civil peruano de 1936 (art. 326). La protección a los menores de cierta edad se acentúa en algunos países exigiendo, además de la intervención judicial, un informe obligatorio de organismos especializados a los que se concede a veces un derecho de veto. En este sentido, la Ley sueca de 1949 recogiendo el sistema de la Ley de 1917, dispone que cuando el adoptando es menor de dieciocho años, la autoridad judicial encargada de homologar la adopción debe tener en cuenta el dictamen emitido por el Comité de Protección de menores del distrito del adoptante y del distrito del adoptado. Las leyes de diversas provincias canadienses exigen la intervención de las autoridades competentes en materia de Public Welfare e incluso, con mayor especialización, del Child Welfare (10). En Venezuela, la Ley de menores de 30 de diciembre de 1949 confía al Consejo de la infancia la tarea de efectuar una información previa al procedimiento judicial en la que se investigan especialmente los siguientes extremos: 1) las cualidades personales de los padres por la sangre del adoptando, del adoptante, así como sus condiciones de vida y situaciones material y moral; 2) comprobará que los adoptantes no han sido privados de la patria potestad ni removidos del cargo de tutor en los últimos diez años; 3) si el adoptante ofrece garantías suficientes para el cumplimiento de los deberes que le impone la patria potestad sobre el adoptado; 4) el estado de salud de los adoptantes y personas que con ellos conviven; 5) todas las demás circunstancias susceptibles de tomarse en consideración para determinar la oportunidad y conveniencia de la adopción (art. 52). La ley holandesa de 1956 establece preceptivamente el informe del Consejo Central de Adopción y la checoslovaca número 265 de 7 de diciembre de 1949 los informes de las Oficinas

(9) El Decreto de 19 de mayo de 1953 ha unificado el procedimiento de adopción en Costa Rica, estableciendo las mismas formalidades cualquiera que sea la edad del adoptando.

(10) En la mayoría de las provincias canadienses la adopción declarada judicialmente no adquiere carácter definitivo hasta haber transcurrido un período probatorio de seis meses a un año.

protectoras de la Juventud. La ley yugoslava de 1.^o de abril de 1947 hace intervenir a los Organismos tutelares y en Alemania, los tribunales ordinarios tienen normalmente facultades para apreciar la oportunidad de la adopción, pero el Tribunal de tutelas debe siempre comprobar si conviene al adoptado menor, requiriéndose además, en ciertos casos, el asesoramiento previo de la Oficina de la Juventud.

Además de las diferencias de procedimiento según la edad del adoptando, las legislaciones que conocen distintas clases de adopción suelen establecer diferente procedimiento para cada una de ellas. Así ocurre en Francia, donde los artículos 358 a 364 del Código civil regulan el procedimiento para la adopción y el artículo 369 del mismo Cuerpo legal el necesario para la legitimación adoptiva. Entre ambos existen las siguientes principales diferencias: mientras para la adopción se exige, previamente a la intervención judicial, que los interesados presten su consentimiento ante los funcionarios que detalla la ley, de tal modo que la base o fundamento de la adopción viene a constituirla este acto solemne sobre el que ha de pronunciarse el tribunal, homologándolo o no, la legitimación adoptiva resulta sólo de un juicio público, previa información y debate del mismo tribunal a puerta cerrada; mientras la publicidad en materia de adopción se integra por la inserción del extracto de la resolución del tribunal en el periódico oficial del domicilio del adoptante y por la transcripción de la misma en el Registro civil del lugar de nacimiento del adoptado, haciéndose mención de la adopción y de los nuevos apellidos del adoptado al margen del acta de nacimiento de éste, la única publicidad conocida para la legitimación adoptiva consiste en la mención al margen del acta de nacimiento del legitimado.

Según la legislación uruguaya, la adopción ha de verificarse por acto auténtico que se inscribirá en un libro especial de la Dirección General del Registro del estado civil y al margen del acta de nacimiento del adoptado (arts. 169 y 170 del Código de los menores), mientras que la legitimación adoptiva puede ser acordada únicamente por el juez de menores después del oído el ministerio público, siendo el procedimiento absolutamente secreto, escrito y gratuito, verificándose la inscripción en el Registro civil como la de un hijo legítimo inscrito fuera del plazo legal (arts. 2, 3, 6 y 7 de la ley núm. 10.674 de 20 de noviembre de 1945, modificada por la núm. 12.486 de 26 de diciembre de 1957).

El Código civil italiano establece para la adopción la necesidad del consentimiento de los interesados ante el presidente de la Audiencia del domicilio del adoptante, exigiendo igualmente las oportunas informaciones del tribunal, la audiencia del Ministerio público y la decisión sin enunciar los motivos, la cual ha de inscribirse en el Registro, pudiendo asimismo disponer el tribunal la publicidad de la adopción por el medio que estime más idóneo (arts. 311-314). Para la "affiliazione" se establece que será declarada, previa información, por el juez de tutelas quien debe tener en cuenta si se encuentra justificada por las condiciones morales, familiares y económicas del

solicitante. La resolución favorable, una vez homologada judicialmente, previa audiencia del Ministerio público, se anota al margen del acta de nacimiento del afiliado (art. 406).

En los Estados Unidos de América, por lo general, la adopción de adultos ofrece una simplificación de trámites frente a la de los menores, por entender que aquellos no precisan apenas la protección estatal. En la mayoría de los Estados, el procedimiento para la adopción de los menores, que es de índole judicial, se encuentra sujeto a ciertas formalidades y plazos a fin de conseguir las máximas garantías frente a adopciones demasiado rápidas, velando por el éxito de la institución. Las fases principales son: 1.^a La *peticIÓN* (petition) es una solicitud formulada por el futuro adoptante, exponiendo sus condiciones personales (identidad, situación familiar, raza, religión, residencia —todo esto también del adoptado—, recursos, consentimiento de los padres por naturaleza del adoptando o razones por las que no se ha obtenido o no es necesario y los argumentos o razones favorables a la adopción) y solicitando la correspondiente decisión (decree); 2.^a El *período de prueba* (probationary period) es un período de ensayo durante el cual el adoptando y sus futuros padres adoptivos conviven como si ya se hubiese efectuado la adopción. Su duración, por lo general, es de seis meses a un año y puede tener carácter previo a la petición o posterior, en cuyo caso el tribunal emite una decisión provisional (interlocutory decree), la cual se convierte en definitiva después de la información correspondiente; 3.^a La información (informatiÓN) o encuesta sobre las aptitudes morales y materiales del adoptante, a cargo generalmente del Public o Social Welfare o incluso de una Organización privada competente designada por el tribunal. Si se ha desarrollado todo ello favorablemente, el tribunal aprueba definitivamente la adopción. De forma que las diferentes fases de la adopción son: solicitud, período de prueba, información, aprobación provisional y aprobación definitiva. Los tribunales ante los que se ventila el procedimiento son tribunales ordinarios, de los que existe una gran variedad: District, Circuit, Probate municipal, Juvenile, Orphans Courts, etc.

La adopción resulta en Inglaterra de una decisión (adoption order) emanada de la High Court of Justice, los Country Courts o los Juvenile Courts, a elección del adoptante, quien puede dirigirse indistintamente a cualquiera de ellos. El procedimiento ante el tribunal es público, oyéndose a la autoridades locales y a las instituciones protectoras, en su caso. Las personas que deben consentir la adopción pueden comparecer personalmente o manifestarse por escrito. El elemento más importante es el "tutor ad litem" del menor que defiende sus intereses, nombrado por el tribunal; los County y Juvenile Court, suelen nombrar a un asistente social, y el High Court, un letrado. Se exige que el menor haya permanecido al menos durante los tres meses anteriores a la decisión del tribunal, bajo los cuidados ininterrumpidos de los solicitantes; a estos efectos, si no ha

transcurrido el tiempo, el tribunal puede dictar una decisión provisional.

En Escocia los tribunales competentes son los Sheriff Courts, ya que los Juvenile Courts y el Court of Session (equivalente al High Court inglés), aunque competentes en principio, intervienen raramente.

En Irlanda del Norte el tribunal emite una "interim order", en cuya virtud se confía el menor al futuro adoptante por un período de tres meses a dos años, durante el cual el "tutor ad litem" visita al menor periódicamente informándose de los cuidados que se le prestan. La adopción se inscribe en el Adopted Children Register y al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

En nuestra Patria el procedimiento es común para ambas clases de adopción, la plena y la menos plena, con la salvedad del secreto que se desea mantener más especialmente para aquélla, lo que origina un diferente tratamiento de la inscripción en el Registro civil. No se ha creído conveniente establecer un procedimiento distinto para cada una de ellas, a pesar de que podía haberse aprovechado la reforma para actualizar los anticuados preceptos que a la materia dedica la Ley de Enjuiciamiento civil. Tan sólo tratándose de expósitos o acogidos en establecimientos benéficos existe una ligera diferencia, pues la tramitación del expediente se lleva a cabo, en este caso, por la propia Administración del establecimiento, elevándose posteriormente a la autoridad judicial para su aprobación.

C) *Clasificación de los sistemas legislativos.*

Las formalidades de la adopción, entendidas en sentido estricto, pueden presentarse en las legislaciones de dos maneras diversas. La más frecuente consiste en la previa autenticación del acto y la posterior homologación judicial, resultando desdoblada la adopción en dos actos distintos, la escritura y la aprobación judicial, por este orden inverso; tal es el sistema europeo continental y el seguido por la mayoría de los países iberoamericanos. En un segundo sistema, cuyo remoto precedente nos lo ofrece la legislación del Bajo Imperio, el acto es redactado directamente por la Autoridad judicial o administrativa ante la que comparecen los interesados. Tal sucede en Inglaterra, donde el tribunal posee amplios poderes para extender el acta de adopción y para insertar en ella las cláusulas que estime convenientes dada la respectiva situación de las partes y los intereses que se encuentren en juego. El sistema seguido por los Códigos italiano de 1942, rumano de 1939 y griego de 1940 se aproxima a este modelo. A veces, aunque más raramente, es la Autoridad administrativa, no la judicial, la que extiende el acta de adopción, como ocurre en los países donde la adopción resulta de una declaración efectuada ante el encargado del Registro de estado civil. En Dinamarca, la adopción se concede por real decreto, delegado en el Ministro de Justicia. Por todo ello, teniendo en cuenta la competencia de las autoridades o funcionarios ante quienes ha de efec-

tuarse la adopción, se pueden distinguir los siguientes sistemas al respecto:

1. *La adopción como acto privado.*

Sistema hoy en desuso, pero del que se conocen ejemplos, como en el Derecho musulmán (en la medida que conoce esta institución) y el antiguo Derecho chino, en el que bastaba cualquier escrito y aun no era necesario cuando el adoptado había sido tomado a su cargo por el adoptante desde edad temprana y tratado como hijo.

2. *La adopción como acto solemne.*

A) *Sistema judicial puro* (exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales):

a) *Competencia de la jurisdicción civil ordinaria*: Argentina, Bolivia, Bulgaria, Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Ontario, Isla del Príncipe Eduardo, Quebec y Terranova (Canadá), EE. UU. de América (en general), Finlandia, Gran Bretaña, Grecia, Guatemala, Israel, Italia, Nueva Zelanda, Polonia, Puerto Rico, Uruguay (para la legitimación adoptiva) y Venezuela. La competencia se determina por el domicilio del adoptante.

b) *Competencia de un tribunal especial*: Australia Meridional (11), Portugal, sentencia del tribunal de menores, a. 1973, C. c. 1966, Nueva Gales del Sur (12), Victoria y Unión Surafricana (ex) (13).

B) *Sistema administrativo puro*: (exclusiva competencia de los órganos administrativos):

a) *Se requiere la autorización de un órgano administrativo*: Dinamarca y Noruega (autorización real), Islandia (autorización del Presidente de la República), Irlanda (14), Hungría, Rumania, Queensland (15), U. R. S. S. (16) y Yugoslavia.

(11) En Australia Meridional es competente un tribunal especial integrado por un magistrado especializado y dos asesores, de los cuales uno ha de pertenecer obligatoriamente al sexo femenino. El tribunal debe asegurarse que la adopción se hace enteramente en interés del adoptado y puede dilatar discrecionalmente su decisión hasta el máximo de un año, durante cuyo período el adoptando es confiado provisionalmente a los adoptantes.

(12) En Nueva Gales del Sur es competente el Tribunal Supremo (Supreme court) pudiendo celebrarse el acto a puerta cerrada. El Ministerio de Educación puede hacerse representar por un funcionario del Welfare Department.

En Victoria, la adopción puede solicitarse tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de condado (County Court), el cual puede establecer un período de espera o dictar una resolución provisional por el máximo de dos años.

(13) En la ex-Unión Sudafricana la adopción resulta de una resolución del Tribunal de menores (Children's Court) del distrito. El procedimiento es público.

(14) En Irlanda del Norte, la adopción se lleva a efecto en virtud de la autorización emanada de un Organismo llamado "An Bord Uchtàla" (el Consejo), integrado por un presidente y seis miembros nombrados por el Gobierno, requiriéndose la presencia del primero y de dos miembros para su actuación. La aprobación puede ser provisional hasta el máximo de dos años y subordinada a condiciones relativas al mantenimiento, educación y bienestar del adoptado.

(15) La adopción en Queensland resulta de la decisión emanada del Director del State Children Department, la cual puede ser anulada discrecionalmente

b) *Basta un acto público*: Brasil, Costa Rica (17), Perú (en la adopción de mayores) y Uruguay (para la adopción).

C) *Sistema mixto* (intervención administrativa y judicial):

a) *Lo solicitud se presenta a un órgano administrativo, el cual, si la investigación practicada es satisfactoria, la traslada al tribunal que ha de decidir*: Columbia Británica, Alberta, Manitoba y Saskatchewan (Canadá).

b) *La solicitud se presenta ante el tribunal que ha de decidir a la vista del informe emitido por un órgano administrativo*: Checoslovaquia, Holanda.

c) *Necesidad de un acto jurídico especialmente constatado (acta, escritura) y de aprobación del órgano judicial*:

a') *La aprobación del tribunal recae sobre el acta de adopción* (sistema de la homologación judicial): Alemania, Austria, Bélgica, Brasil (en el Derecho anterior al actualmente vigente), República Dominicana, Francia, Luxemburgo, Mónaco (18) y Suiza.

b') *El acta de adopción se redacta una vez ha aprobado el ór-*

por el Governor in Council. Cabe una decisión provisional por un tiempo máximo de seis meses, durante el cual, salvo dispensa del Director del citado Departamento, el adoptante está sometido al control de los Organismos establecidos por la Infant Life Protection Act.

(16) La adopción presenta unas características parecidas en los países del telón de acero y hasta el procedimiento viene a ser similar, siendo competente la Oficina de tutelas. Así sucede en Hungría, Rumania, Yugoslavia y la U. R. S. S., por lo que me limitaré a exponer algunas ideas sobre el procedimiento seguido en la Unión Soviética. Conforme a la disposición emanada de los tres Comisariados del Pueblo, de Instrucción, Sanidad y Justicia, aprobada el 8 de abril de 1943 por el Consejo de las Comisiones del Pueblo, la adopción es declarada, previa solicitud del adoptante, por los órganos de la tutela: el Comité ejecutivo del Soviet de "rayon" (circunscripción territorial intermedia) del domicilio del adoptado. La solicitud se informa por la sección del Ministerio de Educación cerca del Comité Ejecutivo del Soviet correspondiente.. Este autoriza la adopción si, a la vista de los informes presentados, está convencido de que la entrada del adoptado en la nueva familia redundará en beneficio de su educación e instrucción y se han observado estrictamente todas las condiciones legales. Contra la decisión que niega la adopción cabe recurso ante el órgano superior inmediato, el Comité Ejecutivo del Soviet de región ("crai"). En todo caso, la decisión ha de ser registrada en la Oficina del Registro civil para que surta efectos jurídicos.

(17) El procedimiento de la adopción se reglamenta en los artículos 5 a 13 del Decreto costarricense de 19 de mayo de 1953, distinguiendo las siguientes fases: 1) Otorgamiento de escritura pública ante notario, por las personas llamadas a dar su consentimiento. 2) Publicación de un extracto del acta de adopción en la "Gaceta" (periódico oficial), con objeto de que toda persona interesada pueda oponerse en el plazo de un mes, exponiendo por escrito ante el Oficial del Registro civil las razones por las que considera ilegal la adopción y aportando las pruebas pertinentes. 3) Inscripción del documento de adopción en el Registro del estado civil, en defecto de oposición o si ésta es desestimada. La oposición se resuelve por el juez civil competente según las reglas de los incidentes.

(18) En Mónaco, el juez de paz del domicilio del adoptante es el único competente para extender el acta de adopción, al contrario de la mayoría de los países citados en este apartado, donde también puede acudirse al notario. Además en Mónaco el procedimiento es doble, pues ha de llevarse a cabo

gano judicial la adopción (sistema de la aprobación judicial previa): ESPAÑA, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Méjico, Panamá, Perú en la adopción de menores), El Salvador.

c') *El acta puede ser previa o posterior a la aprobación judicial:* Turquía.

D) *Sistema español.—a) Caracteres generales.*

Se adscribe nuestra legislación, como hemos visto, al sistema mixto, caracterizado por la intervención administrativa a la par que por la judicial —representada, respectivamente, por el notario y el juez— y, dentro de dicho sistema, a un subgrupo cuya última especialidad consiste en que la aprobación judicial ha de preceder a la formalización de la adopción mediante la oportuna escritura pública y, naturalmente, a la inscripción en el Registro (19). También plantea el problema de duplicidad o más bien diríamos multiplicidad legislativa, por cuanto la regulación en el Código civil, en la Ley de Enjuiciamiento civil y en el Reglamento Notarial no siempre aparece claramente deslindada, conteniéndose en el Código preceptos de carácter procesal (v. gr.: art. 176) y en la Ley procesal preceptos sustanciosos (v. gr.: art. 1.831), párrafo 2.^o). Se refieren al procedimiento de la adopción los artículos 176 y 177 del Código civil. Este es una transcripción literal del anterior artículo 179, sin más alteración que el cambio de lugar de la palabra "definitivamente". En cambio, el artículo 176 ofrece importantes diferencias con el anterior artículo 178, como son la introducción de todo el párrafo segundo —que viene a ser un resumen de los arts. 2.^o y 3.^o de la Ley de 17 de octubre de 1941—, el de hacer referencia al expediente y, por otra parte, sólo referirse a la intervención del Ministerio fiscal en los casos de adoptando sujetos a la tutela de algún establecimiento benéfico (si bien conforme a la Ley procesal y por tratarse de una cuestión que afecta al estado civil la intervención fiscal sigue siendo necesaria en todo caso), hablar, siguiendo el léxico procesal, de "adoptando", asimilar a efectos del consentimiento de ciertas personas al menor y al incapaz —lo que origina los problemas que veremos más adelante— establecer la absoluta necesidad del consentimiento del cónyuge del adoptando, que antes no se exigía (20) y, en fin, declarar expresamente la nulidad de la adopción en la que no se cumplan los requisitos exigidos por el mismo precepto. Interesa destacar la supresión en el actual artículo 176 del último inciso del antiguo artículo 178 —según el cual, el juez "aprobará la adopción, si está ajustada a la ley y la cree conveniente al adoptado"— lo que plantea el problema

ante el tribunal de primera instancia y luego ante el de apelación, los cuales resolverán si ha o no lugar a la adopción sin enunciar los motivos.

(19) El Proyecto de 1851 disponía que el acto se celebrase ante el alcalde.

(20) En este sentido —que no es requisito que afecte a la validez de la adopción el consentimiento del cónyuge del adoptado—, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1951.

de si nuestra legislación actual no exige los justos motivos de la adopción y que ésta se considere conveniente al adoptado, del que ya nos hemos ocupado en un trabajo anterior (21) y que debe resolverse manteniendo la subsistencia de dichos requisitos por las razones allí expuestas, como son principalmente que si para declarar extinguida la adopción el juez resolverá lo que estime más conveniente para el adoptado (art. 175, núm. 1.^o, párr. 2.^o, C. c.), no se ve una razón clara para que no haya de tener igualmente en cuenta esa conveniencia al autorizar la adopción, siendo así que ésta se concibe en interés del adoptado, y que la Ley de Enjuiciamiento civil exige que la adopción se considere por el juez útil al adoptando (art. 1.831), sin que deba entenderse derogada por el Código civil.

De la Ley de Enjuiciamiento civil y del Código civil resulta la distinción, en orden al procedimiento, de tres fases, con la subdivisión, en la primera de ellas, según que el adoptando esté o no sometido a la tutela de algún establecimiento benéfico, fases a las que hemos aludido al comienzo de este trabajo. Dichas fases son:

- 1.^a) *Fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo.*
- 1') *Adoptando no sometido a la tutela de Centro benéfico.*
- 2') *Adoptando sometido a la tutela de algún Centro benéfico.*
- 2.^a) *Fase notarial o central, generadora del vínculo adoptivo.*
- 3.^a) *Fase registral, final o de publicidad.*

b) *Fase judicial.*

La Ley de Enjuiciamiento civil dedica al procedimiento de la adopción los artículos 1.825 a 1.832, correspondientes al título II del libro III, relativo éste a la jurisdicción voluntaria. Estos preceptos constituyen una regulación supletoria con respecto a los posteriores del Código civil y solamente son aplicables en cuanto no se opongan a los expresados en éste. Por esta razón ha de entenderse derogado el artículo 1.832 de la L. E. C., pues las adopciones mediante otorgamiento del Rey y las arrogaciones son instituciones que hoy no existen (22).

Prescindiendo de reproducir aquí toda la polémica en torno al concepto de la jurisdicción voluntaria, interesa, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que la inmensa mayoría de los procesalistas sostienen que la llamada impropiamente jurisdicción voluntaria no es una actividad jurisdiccional, sino administrativa, cuyo ejercicio no es conceptualmente necesario que se atribuya a los jueces y,

(21) Vid. A.D.C., 1966, pp. 339-345.

(22) Por Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de fecha 8 de mayo de 1889, se recomendó que el Ministerio Fiscal tuviese en cuenta al interponer su oficio que de entonces en adelante las adopciones han de efectuarse siempre mediante aprobación judicial. Según MANRESA, el artículo 1.825 de la L. E. C. ha de entenderse redactado así: "La autorización judicial que para la adopción exige el artículo 178 —hoy 176— del Código civil, será solicitada por el adoptante al juez de primera instancia competente..." (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, 6.^a edic., 1948, t. VIII, pág. 360).

de hecho, no se les atribuye exclusivamente, por cuanto participan en ella los notarios, registradores, etc., es decir, funcionarios administrativos. En confirmación de este aserto basta recordar la diversidad de sistemas legislativos en punto a los requisitos formales de la adopción y como, según algunos de ellos, es una actividad puramente administrativa. Se trata de lo que se ha llamado administración judicial del Derecho privado (23).

a') *Adoptando no sometido a la tutela de centro benéfico.*

El artículo 176 del Código civil comienza diciendo que "la adopción se autorizará previo expediente". Este expediente, cuya finalidad es obtener la oportuna autorización judicial para que la adopción pueda efectuarse (24) —luego esta autorización o licencia para efectuar la adopción es necesariamente previa a la constitución del vínculo adoptivo—, se inicia por medio de una solicitud o escrito, sin necesidad de valerse de abogado ni procurador, dirigido al juez de primera instancia del domicilio del adoptante, en el cual se expondrán las circunstancias personales de adoptante y adoptado, las razones que tengan para llevar a cabo la adopción, la justificación de que concurren los requisitos legales y se ofrecerá —en el mismo cuerpo del escrito o en otrosí del mismo— la correspondiente información testifical de, al menos tres testigos, para acreditar las circunstancias que no sea posible justificar documentalmente (25), así como sobre la utilidad de la adopción para al adoptando (arts. 4.º, núm. 7.º, 63, regla 16.^a y 1.825 de la L. E. C.). Esta solicitud ha de ser suscrita por el adoptante o adontantes (cuando adopten ambos cónyuges) o por su representante. También podrán suscribirla el padre o la madre que tengan bajo su potestad al adoptando (art. 1.826 L. E. C.). A la solicitud se acompañarán las certificaciones de nacimiento de adoptante y adoptando o, en su defecto, las partidas de bautismo respectivas, y los

(23) Vid. sobre el particular, ORBANEJA, E.: *Derecho procesal*, vol. I, Madrid, 1951, págs. 726 y sigs.; GUASP, J.: *Derecho procesal civil*, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 1.660 y sigs., el cual afirma que "la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción. Su naturaleza ha de buscarse en el campo de la Administración. La jurisdicción voluntaria es, pues, actividad administrativa". Y reconoce que "hay otros sectores del Derecho, como los notariales y los registrales, que se acercan más a la jurisdicción voluntaria que a la contenciosa".

(24) Con escaso tecnicismo hablan nuestras leyes unas veces de autorización judicial (arts. 176, pár. 1.^º del C. c. y 1.831 de la L. E. C.), otras de licencia judicial (art. 1.825 L. E. C.), otras de aprobación judicial (arts. 176, pár. 2.^º y 177 del C. c.) y otras de autorización y licencia (art. 1.831 L. E. C.). Puede entenderse que cuando la ley habla de licencia o autorización se refiere a la necesaria para que la adopción se realice, mientras que la aprobación se refiere directamente al expediente, aunque el resultado venga a ser el mismo.

(25) Extensiva, en su caso, a que no concurren las prohibiciones del artículo 173 cuando alguna de éstas, por su carácter de hechos negativos, no sea fácil probar de otro modo (si lo será la soltería o viudez, se deberá aportar el documento que acredite la aprobación definitiva de las cuentas del tutor; más difícil probar documentalmente que no se es eclesiástico y que se carece de descendientes).

demás documentos que se estimen pertinentes (art. 1.825, párr. 2.^º de la L. E. C.).

Una vez admitido la solicitud y documentos adjuntos por el juez, éste hará que se ratifique ante él el padre o la madre del adoptando si hubieran suscrito la solicitud; y si no la hubiesen suscrito, deberán dar su consentimiento a presencia judicial, consignándose en los autos. Cuando el adoptando sea mayor de siete años, el juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice (arts. 1.826 y 1.827 L. E. C.) (26). Además hay que tener en cuenta que, conforme al párrafo 1.^º del artículo 176 del Código civil, ha de manifestarse a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad, el de las personas que deban darlo para su matrimonio si aquél fuera menor o incapaz, y el del cónyuge del adoptando. De modo que, en resumen, es preciso que presten su consentimiento las siguientes personas: el adoptante, el adoptado, mayor de edad, sus respectivos cónyuges, el padre o madre del adoptando menor y la persona que debiera consentir el matrimonio del adoptando menor o incapaz. El adoptando menor de edad pero mayor de siete años no es preciso que consienta la adopción, pero sí que el juez explore su voluntad y se consigne en autos si está conforme con la adopción o no la contradice.

En este punto se plantean las siguientes cuestiones:

1.^{a)}) Si el adoptando menor de edad contradice la adopción o muestra su disconformidad, ¿podrá el juez, no obstante, autorizar la adopción? Creemos que la respuesta ha de ser afirmativa, es decir, que el juez no está vinculado por la disconformidad del adoptando, sino que apreciará ésta discrecional y racionalmente, valorando los motivos expuestos por el adoptando en relación con su edad y dotes de juicio, para decidir si autoriza o no la adopción. Esta solución puede mantenerse desde el punto de vista legal en base a la expresión condicional empleada por el artículo 1.827. Pudiera objetarse a ello que el artículo 1.828 exige la no oposición del adoptando para que prosiga el expediente y se admite la información testifical, pero creo que tal objeción no es insalvable. La falta de oposición puede entenderse referida al adoptando mayor de edad y a la misma oposición del adoptando menor una vez valorada por el juez y estimada intrascendente (v. gr.: negativa caprichosa, oposición cuya única razón consiste en encontrarse muy a gusto en el estado actual). En última instancia, no vemos exigido el consentimiento del adoptando menor de edad en ningún precepto como requisito de la adopción, por lo que parece que su actitud deberá ser objeto de la valoración judicial. El

(26) Conviene oír al adoptando, pues ello puede evitar un posible pleito de impugnación más adelante, pero la omisión de esta circunstancia parece que no originará la nulidad de la adopción, por no establecerse así expresamente. En todo caso, el juez podrá conceder la autorización para la adopción aunque el adoptando menor de edad no esté conforme con ella. Este podrá impugnarla en su día con arreglo al artículo 175 del Código civil.

artículo 176 del Código civil sólo exige el consentimiento del adoptando *mayor de edad*. Y esto nos lleva a la segunda cuestión.

2.^a) El artículo 176 del Código civil, ¿ha modificado los extremos procesales relativos a la intervención de ciertas personas en el expediente de adopción? Creo que debe contestarse afirmativamente mas con ciertas salvedades. No cabe duda que sancionando el propio artículo 176 la inobservancia de los requisitos por él exigidos con la nulidad de la adopción, ha de estimarse que deben cumplirse *a presencia judicial* los que el mismo enumera, principalmente el consentimiento del adoptado mayor de edad, de su cónyuge y de las personas que debieran darlo para su matrimonio si fuera menor o incapaz. Normalmente estas personas serán el padre o la madre, pero pueden no serlo en otros casos. Las salvedades consisten en que no deben entenderse derogados por el Código civil aquellos artículos de la Ley procesal que exigen determinados trámites a los que el Código no se refiere (v. gr.: exploración del adoptando mayor de siete años) o aluden a ciertos requisitos no expresados claramente en el Código (v. gr.: conveniencia de la adopción para el adoptado). Ahora bien, cuando haya colisión de preceptos deberán prevalecer los del Código civil.

3.^a) ¿Podrá en la práctica aplicarse textualmente el texto del Código según el cual si el adoptado fuera menor o *incapaz* se manifestará a la presencial judicial el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio? Parece que no, en razón a la absurda equiparación que hace entre menor e incapaz y porque no distingue entre menor emancipado por anteriores nupcias y el resto de los menores. Además, según el tenor literal del desgraciado artículo 176, resulta que tales personas serían siempre llamadas a consentir la adopción incluso aunque no ejercieran la patria potestad o la tutela del menor o incapaz, lo que parece absurdo. Por último, el citado artículo 176 deja sin resolver la cuestión de si entre los llamados a prestar el consentimiento para la adopción figuran el Ordinario del lugar o el Presidente de la audiencia territorial, puesto que “a todos los efectos, la autorización equivaldrá a la licencia” (art. 49), siendo tal posibilidad —que, sin gran esfuerzo, puede desprenderse del artículo 176— más absurda todavía. En los casos en que coincidan las personas que ejerzan la tutela del menor o incapaz con las que enumeran los arts. 46 y 47 del Código civil, la cosa no es grave. En otro caso, excluidos el Ordinario del lugar y el Presidente de la Audiencia Territorial nos encontramos con que:

1.^º Si el adoptado es mayor de edad incapaz. Hay muchas causas de incapacidad y no todas producen los mismos efectos. Por ello, aunque el artículo 176 no distinga y exija en todo caso el consentimiento de esas otras personas, creo que cuando el incapacitado tenga discernimiento, él deberá consentir (v. gr.: adopción del pródigio). En otro caso, la ley llama a prestar el consentimiento a la persona que debiera darlo para su matrimonio. Pero da la casualidad de que esa persona no existe, pues el consentimiento para el matrimonio sólo lo requieren

las personas citadas en el art. 45, núm. 1.^o del Código civil, entre los que no se encuentran los mayores de edad —sean capaces o incapaces— ni los menores emancipados por anteriores nupcias. Y ello es lógico, ya que una de dos: o quien contrae matrimonio está cuerdo o en un intervalo lúcido, caso en que, siendo mayor de edad o emancipado por anterior matrimonio, no precisa la sedicente licencia, o está privado de uso de razón, caso en que tampoco precisa licencia ya que no puede contraer matrimonio. Con un máximo esfuerzo pudiera entenderse que el artículo 176 se refiere a aquellas personas que, de haber sido menor no emancipado por anterior matrimonio el mayor incapaz, deberían, para esa hipótesis que entra en el terreno de lo imposible pues se parte del caso de adoptando mayor de edad, dar su licencia para el matrimonio. Es decir, se refiere la ley a las personas que hubieran debido dar el consentimiento para el matrimonio del mayor de edad incapaz si éste fuese menor no emancipado por anteriores nupcias. La conclusión no puede ser más rebuscada. De donde resulta que la adopción no es un acto personalísimo y se puede adoptar a una persona en virtud de una voluntad ajena. Y aquí no cabe argumentar en que se trata de una cesión o traspaso de la patria potestad, pues ésta no existe sobre mayores incapacitados, sino que se les provee de un tutor, el cual normalmente será el cónyuge, después el padre, la madre, los hijos..., orden distinto del establecido en los arts. 46 y 47 para dar la licencia matrimonial. Lo normal sería que tratándose de mayores incapaces se exigiera la autorización del Consejo de familia o el consentimiento del tutor.

2.^o Análogas consideraciones pueden hacerse con respecto al menor emancipado por anteriores nupcias, el cual no precisa licencia para contraer nuevo matrimonio, con la agravante de que la norma general es que la emancipación habilita para regir la propia persona como si se fuera mayor y no se incluye la adopción entre las limitaciones impuestas a los emancipados. Además, en este caso no se puede llamar al Consejo de familia, a no ser que se constituya expresamente para este fin —lo que implica dificultar la adopción— pues no existe para los emancipados (27).

La solución más sencilla para evitar llegar a conclusiones absurdas o que, al menos, entrañan una rémora en el curso de la adopción, consiste en interpretar el artículo 176 en el sentido de que el término *menor* se emplea como *menor no emancipado por anteriores nupcias* y

(27) Según el artículo 176 del Proyecto, “la adopción se autorizará previo expediente en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptado mayor de edad; si fuese menor, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio; y si fuera incapaz, el de su tutor.”

El Juez interrogará a cuantos intervengan en el expediente sobre la conveniencia de la adopción y oirá al Ministerio Fiscal. Practicadas cualesquier otras diligencias que estime necesarias aprobará la adopción si está ajustada a la ley y la considera conveniente al adoptado.

Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.

En la impugnación de la adopción se observarán los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

el de *incapaz* como *incapaz menor de edad no emancipado por anteriores nupcias*, interpretación restrictiva de la que hay ejemplos en otros artículos del Código (v. gr.: 1903), es decir, circunscribir el alcance y exigencia del consentimiento expresado en el artículo 176 al propio artículo 45, del que se derivan —como desarrollo de su número 1.— los artículos 46 y 47. Así resultaría que el menor emancipado por anteriores nupcias no precisaría más que el consentimiento de su cónyuge. Y el adoptando mayor de edad incapacitado que carezca de discernimiento, el acuerdo favorable del Consejo de familia y consentimiento del tutor. En definitiva, estaríamos en estos dos casos ante una laguna legal que habría que llenar acudiendo a los principios generales recogidos en las normas que regulan tales situaciones. De este modo no chocaría tanto con que el propio artículo 176 exigiese el consentimiento del adoptado mayor de edad (no del emancipado por matrimonio), puesto que admitimos la existencia de una laguna legal.

Una vez explorada la voluntad del adoptando si es menor no emancipado por matrimonio o manifestado su consencimiento si es mayor de edad o menor emancipado por matrimonio, así como habiéndose manifestado el consentimiento de las personas llamadas a prestarlo, según los casos, el juez admite la información ofrecida, con citación del Ministerio Fiscal. Esta información deberá ser, por lo menos, de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fe el secretario, y sino los conociere se presentarán dos testigos que respondan del conocimiento de aquéllos (art. 1.828 L. E. C.). Dada la información, se pasará el expediente al Ministerio Fiscal, por término de seis días, para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o si estima necesario que se amplíe la justificación o se subsane algún defecto en el procedimiento (art. 1.829 L. E. C.).

Devuelto el expediente por el Ministerio Fiscal y subsanados o suplidos, en su caso, los defectos u omisiones que hubiere notado, el juez llamará los autos a la vista, y dentro de cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente (art. 1.830).

Al no especificarlo la Ley, resulta no ser preciso que el juez cite a las partes para la vista ni para la resolución. Esta habrá de ser motivada (art. 371 L. E. C.), a diferencia de lo establecido en los Códigos civiles francés e italiano (28).

El criterio que ha de seguir el juez para aprobar o no la adopción resulta del art. 1.831 de la L. E. C., el cual atiende a dos circunstancias, una de derecho y otra de hecho. Aquella consiste en que se hayan cumplido todos los requisitos legales de fondo y forma. La segunda, en que la adopción sea útil al adoptando. Y este criterio acerca de la utilidad no es más que los justos motivos y

(28) Art. 362 del C. c. francés: "Después de haber oído al procurador de la República, y sin formalidad alguna, el tribunal declara, sin enunciar los motivos, si ha lugar o no ha lugar a la adopción."

ventajas estudiados en otro lugar, al cual nos remitimos (29). Si el juez estima que procede la adopción según derecho, y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura (art. 1.831 L. E. C.). Caso contrario, el juez denegará la autorización, en resolución que entiendo revestirá asimismo la forma de auto, igualmente motivado.

Como la resolución judicial no tiene autoridad de cosa juzgada, los interesados podrán renovar su solicitud si fue desestimada. Además, contra la resolución negativa del juez es posible interponer recurso conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 1.819 a 1.824 de la L. E. C.

b') *Adoptando sometido a la tutela de algún centro benéfico.*

Si el adoptando estuviere sometido a la tutela de una casa de depósitos u otro establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan (art. 176, párr. 2.º C. c.).

Los Reglamentos de dichos centros benéficos suelen contener algunas referencias a los expedientes de adopción. Así el artículo 86 del Reglamento de Régimen interno del Instituto Provincial de Puericultura e Inclusa de Madrid, establece que "las adopciones se llevarán a cabo en todos los casos con arreglo a las disposiciones vigentes, a cuyos preceptos será ajustada la tramitación de los respectivos expedientes y condiciones que a estos efectos deban reunir los solicitantes. Por delegación del excelentísimo señor Presidente de la Corporación provincial, se considera autorizado el Director de la Institución para suscribir las actas —debió decir escrituras— notariales oportunas, sin perjuicio de que dicha Autoridad acuda personalmente cuando lo crea conveniente a formalizar las actas de defunción."

c') *Cuestiones particulares.*

El valor de la resolución judicial aprobando el expediente o autorizando la adopción no es constitutivo. El auto judicial no crea el vínculo adoptivo. Este no nace hasta el otorgamiento de la escritura pública. Consiguientemente es posible el desistimiento de los interesados antes de dicho otorgamiento y ello no supone revocación de la adopción, pues sólo puede revocarse lo que se ha efectuado. Que el acto judicial no crea el vínculo adoptivo se desprende sin gran esfuerzo de los mismos textos legales: "La adopción se autorizará previo

(29) Vid. Art. 313 del C. c. italiano: "El tribunal..., sin expresar los motivos, declara en estos términos; si ha lugar o no ha lugar a la adopción."

expediente..." (art. 176, párr. 1.^o C. c.); "el expediente se elevará al juez quien... lo aprobará o señalará las causas que lo impidan" (art. 176, párr. 2.^o C. c.); "aprobada definitivamente la adopción por el juez..." (art. 177 C. c.); "...el juez... concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto..." (art. 1.831 L. E. C.). Luego si ha de llevarse a efecto la adopción es que aún no se ha celebrado (30). Tampoco tiene la resolución judicial valor declarativo, reconociendo la existencia de una adopción preexistente, a diferencia de otros sistemas en que la escritura precede a la intervención judicial.

En cuanto a los *recursos contra la resolución judicial*, a diferencia del Código civil francés no contiene el nuestro precepto alguno sobre el particular. Es ésta una cuestión que, a pesar de estar expresamente regulada en el artículo 363 del Código Napoleón (31), no ha dejado de plantear algunas críticas y divergencias de opinión en el vecino país. En primer lugar, se critica la reglamentación por demasiado sucinta (32). De otro lado, la doctrina se manifiesta contraria a la exageración de las diferencias existentes entre la adopción y la legi-

(30) En este sentido, vid. PIÑAR, B.: "L'adopción y sus problemas jurídicos", conferencia pronunciada en la Academia Matriitense del Notariado el 31 de enero de 1950 y recogida en el tomo VIII de los Anales de dicha Academia, especialmente págs. 158 y 159, el cual, entre otras cosas dice: "La adopción es un negocio complejo que no se perfecciona mientras no concurren los hechos jurídicos que lo integran, el último de los cuales consiste, precisamente, en el otorgamiento de dicha escritura. El consentimiento inicial no tiene eficacia constitutiva y es tan sólo prueba de una simple, necesaria y concorde pretensión procesal en el inicio del expediente, sobre cuya base el juez, en acto de jurisdicción voluntaria, pronuncia un *nihil obstat*, que no perfecciona ni constituye el acto y que implica tan sólo una declaración pública y fehaciente formulada por un órgano judicial del Estado que, en el ejercicio de una actividad administrativa manifiesta que la "adopción está ajustada a la Ley y es conveniente al adoptado". De ningún modo puede considerarse que la aprobación judicial constituye o perfeccione la adopción. La adopción y el Derecho de familia en que aquella se encuadra forman parte del Derecho privado y excluyen de su seno, por consiguiente, toda declaración estatal constitutiva. Al igual que en el matrimonio, la intervención de un órgano del Estado carece de la densidad jurídica necesaria para transformar a los otros requisitos legales en simples presupuestos de hecho. Nuestra tesis encuentra apoyo... en el cuadro general de los negocios de Derecho de familia contemplados y regulados por el mismo Código civil. Así, de los artículos 131 y 133 se infiere que el reconocimiento del hijo natural menor de edad en documento público que no sea testamento o acta de nacimiento, requiere la aprobación judicial. Esta aprobación, sin embargo, no confiere la calidad jurídica de hijo natural, sino que es un simple antecedente de la escritura pública en que dicho reconocimiento se verifica."

(31) Artículo 363 del Código civil francés: "En caso de denegarse la homologación, cada una de las partes puede, dentro del mes siguiente, recurrir al tribunal de apelación que procederá en la misma forma que el de primera instancia y resolverá sin enunciar los motivos. ...En caso de admitirse la homologación, el Ministerio público puede interponer la apelación; el mismo derecho corresponde a las partes, en lo que concierne a la parte de la resolución judicial que le perjudica. ...El recurso de casación por vicios de forma contra la resolución desestimatoria de la solicitud de homologación es admisible."

(32) Vid. LAGARDE, *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1949, págs. 402 y sigs.

timación adoptiva llevadas a cabo por los tribunales, en cuya virtud éstos muestran repugnancia a admitir la oposición de terceros contra las resoluciones dictadas en materia de legitimación adoptiva (33), desconociendo el paralelismo existente entre ella y la adopción. Se fundan en que la oposición de terceros no es admisible contra los actos de jurisdicción voluntaria. Mas la Ley de 15 de julio de 1944, que modifica el artículo 888 de la Ley procesal, y la reciente jurisprudencia se muestran favorables a la admisión de recursos contra aquellas resoluciones cuya naturaleza sea susceptible de causar un perjuicio a los terceros, sin distinguir su carácter contencioso o voluntario. En realidad y sin desconocer que, en ocasiones, será preferible la vía de la nulidad, lo esencial es que los interesados hayan sido o no parte en el expediente tengan a su disposición un medio de salvaguardar sus intereses comprometidos por una adopción irregular (34).

Por su parte, es curioso observar que la jurisprudencia turca admite que toda resolución, favorable o contraria a la adopción, es susceptible de recurso de casación, sin que ello impida a los interesados interponer la acción de nulidad, que no está sujeta a prescripción (sentencia de 23 de enero de 1948 (35).

En cambio, la Ley alemana de 12 de abril de 1938 antepuso el siguiente párrafo al parágrafo 1.756 del B. G. B.: "Por la confirmación firme se subsana la inobservancia de alguna formalidad establecida para la adopción."

En nuestro Derecho, ante el silencio legal en esta materia de posibles recursos contra la resolución judicial autorizando o denegando la licencia para la adopción, parece que deberán aplicarse las reglas generales y entender que "si a la solicitud de adopción se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía o naturaleza", que será, en este caso, el ordinario de mayor cuantía (argumentos: arts. 483, núm. 3.^º y 1.817, L. E. C.). Contra la sentencia se darán los recursos ordinarios. Admitidos éstos en caso de hacerse contencioso el expediente, no vemos por qué razón

(33) En este sentido desfavorable a admitir la oposición de terceros contra las resoluciones en materia de legitimación adoptiva, las sentencias de los tribunales de París de 3 de febrero de 1949 (J. C. P., 1949.II.4911), Briançon de 24 de mayo de 1947 (S., 1947.II.57; Rev. Trim. Dr. civ., 1947, pág. 317).

(34) En favor de la oposición de terceros contra las resoluciones en materia de legitimación adoptiva, vid. BASTIAN: *De la tierce-opposition aux jugements rendus en matière d'état et de capacité*, en *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1935, y MOREL: *Traité élém. de proc. civ.*, 2.^a édit., número 686.

(35) Kömürcioglu & Ergüney (K. E.), pág. 305. Se trata de un repertorio privado de jurisprudencia, que comprende todas las sentencias relativas a cuestiones de estado, derecho de familia y sucesiones.

habría de excluirse el recurso de apelación ante la Audiencia en los términos que determinan los artículos 1.819 a 1.821 de la L. E. C. en otro caso y el ulterior recurso de casación conforme al artículo 1.822 de la propia Ley, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma. Así la da a entender la expresión “aprobada *definitivamente* la adopción por el juez” del artículo 177 del Código civil. No se opone, en absoluto, a semejante posibilidad el principio de irrevocabilidad de la adopción, pues para que ésta actúe es preciso que la adopción sea perfecta, lo que se consigue a partir del otorgamiento de la escritura pública, momento desde el cual regirá dicho principio de irrevocabilidad, pero no antes (36).

Cuestión distinta al posible recurso que puedan interponer los interesados, es la de la *nulidad de la adopción*, cuyo estudio detenido no corresponde hacer aquí, sino al referirse al tema de la extinción de la adopción. Pero como el Código civil establece en el artículo 176, párrafo final que “será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos”, conviene referirse, siquiera sea brevemente al alcance de esta disposición. La misma deja al margen de su ámbito aquellos requisitos o defectos a los que no se refiere el propio artículo 176. La falta de los primeros dará lugar a la inexistencia o nulidad, en su caso, pero no por el párrafo que comentamos, sino por el artículo 4.^o del Código. Los defectos que impliquen vicios del consentimiento parece que sólo darán lugar a la anulabilidad. De entre ellos ofrecerá la mayor importancia el error sobre la persona del adoptante o del adoptando. El campo de aplicación de esta disposición que sanciona con nulidad la adopción se circunscribe a aquellos requisitos exigidos por el propio artículo 176 con carácter necesario (“necesariamente”, dice el propio artículo): el consentimiento de las personas que cita, la audiencia del Ministerio Fiscal y la subsiguiente aprobación judicial. Sobre estos elementos deberá versar la calificación del Notario, para decidirse éste a autorizar o no la correspondiente escritura. Entiendo que, en efecto, el Notario no salva su responsabilidad con autorizar la escritura siempre que se presente ante él la correspondiente autorización judicial, sino que, como las causas de nulidad deben ser estimadas de oficio por cualquier funcionario, a fin de negar su colaboración si existieran, el Notario deberá formarse un juicio, a través del testimonio de la resolución judi-

(36) Manifiesta MANRESA, en el mismo sentido, que contra el auto del juez otorgando o denegando la licencia para la adopción se da el recurso de apelación para ante la Audiencia conforme a los artículos 1819 a 1821 de la L. E. C. y contra el fallo de ésta se dará el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, conforme al art. 1822. Añade que no reserva el Código ni habría sido práctico reservar a las partes el derecho a ventilar la misma cuestión en juicio ordinario (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por Ley de 21 de junio de 1880, 6.^a edic., Madrid, Reus, 1948, tomo VIII, página 365). En cambio, GAMBO ALIX afirma que no cabe recurso de casación (*La adopción*, Barcelona, 1960, pág. 155).

cial y lo que a su presencia manifiesten los otorgantes, de que se han observado y concurren los requisitos legales.

c) *Fase notarial.*

Es en esta fase cuando se crea el vínculo adoptivo mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Manifiesta el artículo 177 del Código civil que, “aprobada definitivamente la adopción por el juez, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho...”. Según el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento civil, “si el juez estimare que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptando, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura”, en la que “intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptando y éste si fuere mayor de catorce años”.

La primera cuestión surge cuando se trata de determinar la legislación por la que se rige el otorgamiento de la escritura pública. A mi juicio la respuesta no puede ser más que ésta: el otorgamiento de la escritura pública se rige por la legislación notarial, salvo en lo relativo al pacto sucesorio en que regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos. Así resulta claramente de los artículos 1.217 del Código civil y 143 del Reglamento notarial. Por tanto, habrá que atender a lo dispuesto en la Ley de 28 de mayo de 1862 y el Reglamento de 2 de junio de 1944, habida cuenta de que la reserva hecha a favor de la forma, requisitos y solemnidades opera en cuanto a lo que establece el propio artículo 174 del Código civil (cuestiones de fondo), sin que la inserción del mismo en la escritura entrañe especialidad formal alguna. Por eso precisamente el Código civil no establece quiénes han de intervenir en la escritura y se cuida muy bien el artículo 176 de puntualizar que el consentimiento de las personas a que se refiere *se manifestará a la presencia judicial*. Incumbe al Notario determinarlo, “en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas”, haciendo constar “que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate” (art. 167 del Reglamento notarial). Por tanto, ha de estimarse derrogado el párrafo final del artículo 1831 de la L. E. C., según el cual habrían de intervenir en la escritura el adoptante, el padre o la madre del adoptando y éste si fuere mayor de catorce años. Será el Notario quien determinará, teniendo en cuenta los requisitos de la adopción, quienes deberán intervenir en el otorgamiento de la escritura y el modo y manera de acreditar la representación de los incapaces y

demás personas en casos especiales, a tenor de lo que dispone el Reglamento notarial (v. gr.: arts. 164, 168) (37).

Según lo dicho, creo que deberán intervenir en la escritura pública de adopción el adoptante, el adoptado si es mayor de edad y capaz, o menor emancipado, su prerepresentante legal en otro caso, y el cónyuge del adoptante. No parece que sea preciso intervenga el cónyuge del adoptado, pues el artículo 176 sólo requiere que se manifieste "a la presencia judicial", aunque como lo que abunda no daña, en nada perjudica se le haga comparecer. Pero su falta de consentimiento no es obstáculo para el otorgamiento de la escritura, si lo ha manifestado ante el juez. Si no lo hubiese hecho, no sería posible otorgar la escritura, porque en ésta no se pueden subsanar los vicios cometidos en la fase judicial. Por la misma razón, quien ha de intervenir en la escritura cuando el adoptado sea menor o incapaz es su representante legal, y no las personas que debieran dar su consentimiento para el matrimonio del menor, o sea aquél de los padres que ejerza la patria potestad, el tutor con autorización del Consejo de familia o el Director del Establecimiento benéfico a quien corresponda reglamentariamente. Entiendo que no precisarán complemento de capacidad los menores emancipados, pues no se encuentra tal limitación en los artículos 59 ni 317 del Código civil, antes bien, la regla general aplicable a todos los tipos de emancipación (38) es la de que "la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor." No hace falta decir que este es uno de los casos en que deberá hacerse constar la edad de adoptante y adoptado (art. 158 del Regl. not.).

En algún caso resultará que el adoptante deberá intervenir en la escritura en un doble concepto: como tal adoptante y, además, en representación del adoptado (v. g.: adopción plena del anteriormente

(37) Según BLAS PIÑAR LÓPEZ, "el primer problema que surge, tratándose de la adopción de menores de edad, es la de si en la escritura de adopción debe compararse o no el adoptado". Este autor resuelve la antinomia entre los artículos 1.831 L. E. C. y 178 (antiguo) del Código civil, rechazando la posible existencia de una edad especial (catorce años) y que deba intervenir el menor en la escritura. Creo bastaba considerar que el anterior art. 178 del Código civil se refería, como ahora el art. 176, exclusivamente a los requisitos que han de cumplirse en la fase procesal del procedimiento de adopción, sin entrar para nada en el aspecto notarial, objeto del anterior art. 179 y actual artículo 177. Añade dicho autor que "claro resulta que tan sólo el adoptante o adoptantes, el adoptado si es mayor de edad o las personas que por minoridad o incapacidad del adoptado representen a éste, son las que han de comparecer y otorgar en consentimiento para que la adopción surja" (*La adopción y sus problemas jurídicos*, en *A. A. M. N.*, vol. VIII, págs. 160-161). Pero se olvida que también es preciso el consentimiento del cónyuge del adoptante (antiguo art. 174 núm. 4.^o y actual art. 173 núm. 4.^o del C. c.) y no se plantea la cuestión del adoptado menor emancipado que creo debe resolverse admitiendo la posibilidad de que comparezca por sí solo.

(38) Vid. las obras del profesor DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, pág. 219 y *Derecho civil de España (Parte General)*, tomo II, parte 1.^a, Madrid, 1952, pág. 219.

adoptado según la única forma posible antes de la reforma de 1958, que, según creo, es perfectamente posible).

Otra cuestión es la relativa al valor de la escritura pública. Aquí caben dos posiciones, pues una de dos: o la adopción existe antes del otorgamiento de la escritura, o no existe hasta el otorgamiento de la escritura. Si lo primero, la intervención judicial es necesariamente constitutiva y la intervención notarial es simplemente certificadora o de fijación; el notario da fe de que la adopción existe, pero no crea el vínculo. En consecuencia, la escritura deberá limitarse a reproducir textualmente la resolución judicial, sin que sea posible añadir ni quitar cosa alguna. Por el contrario, si se estima que la adopción no existe hasta el otorgamiento de la escritura, quiere decirse que la intervención judicial no es constitutiva, sino fiscalizadora o de control, mientras que la intervención notarial es la que crea o constituye el vínculo adoptivo; el notario no da fe de la existencia de una adopción ya existente, sino que da fe de que, en su presencia, las partes crean la adopción. En consecuencia la escritura no precisará atenerse literalmente a la resolución judicial, sino que podrá completarse o modificarse en todo lo que siendo consustancial con el acto mismo suponga un mayor beneficio para el adoptado (v. gr.: si a presencia judicial nada se estableció sobre la posible sucesión del adoptado al adoptante o se estableció pero sin especificar la cuantía o estableciendo un tope por debajo del máximo autorizado, en la escritura se podrá, respectivamente, crear tal derecho sucesorio, determinar su cuantía o aumentarla; si en la fase judicial nada se expuso en orden al posible uso del adoptado menos pleno de los apellidos del adoptante, podrá hacerse constar semejante posibilidad en la escritura). ¿Cuál de estas dos concepciones conviene a nuestro Derecho? Aunque una interpretación excesivamente literal del artículo 177 —“haya hecho” como referido a la fase judicial precedente— pudiera inclinarnos a admitir el valor constitutivo de la resolución judicial, entiendo que existen sobradadas razones, ya expuestas en un apartado anterior, para rechazar esta posición. El artículo 176 del Código civil dice que la adopción se autorizará previo expediente. Aquí se nos explica justamente la esencia de la intervención judicial, limitada a *autorizar* a los interesados para que acudan ante el notario a fin de constituir o dar vida a la adopción. Se admite o no en toda su integridad la tesis de NÚÑEZ LAGOS respecto al carácter constitutivo de la escritura pública que escape al ámbito del artículo 1.224 del Código civil (39), no parece caber duda que una cosa es el consentimiento previo dado a presencia judicial y otra distinta el consentimiento prestado ante el notario al otorgar la escritura. Por otra parte, la expresión del artículo 177 del Código civil —“se otorgará”— lleva la idea del carácter solemne y requisito esencial de la escritura para que surja la

(39) Vid. NÚÑEZ, Rafael: *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945, especialmente pág. 125.

adopción: sin escritura no hay adopción. Rige aquí el brocardo "forma dat esse rei".

¿Es conveniente o perjudicial esa dualidad de funcionarios? De lege ferenda nada impide que el notario fuera el único funcionario que interviniere y aún sería lo más práctico. Cuantas más personas intervengan, mayores gastos, mayor dilación, menos garantía del secreto. Si se confia la instrucción del expediente de adopción al director —o subalternos— de un establecimiento público, no veo por qué el notario no puede instruirlo. La aprobación judicial podría recaer sobre el expediente tramitado notarialmente (algo análogo a las actas de los artículos 200 y 203 de la Ley Hipotecaria) e incluso prescindirse de ella, limitándose a dar vista de la misma al Ministerio fiscal.

Una vez determinado el valor de la escritura y admitido su carácter de requisito esencial, se resuelven fácilmente los problemas relativos al posible contenido de la escritura con respecto a lo que exprese la resolución judicial, admitiendo la posibilidad de ampliar o modificar ésta en cuanto favorezca al adoptado, así como la posibilidad de la adopción póstuma, nombre con el que se conoce la llevada a cabo después del fallecimiento de alguno de los adoptantes. Es decir, fallece una vez iniciado el procedimiento y antes de la homologación judicial o el otorgamiento de la escritura. A diferencia de lo establecido en los artículos 360 (antiguo), 369 (reformado por Ley de 1923) y actual 366 (40) del Código civil francés, 217 del Código civil italiano de 1865, 296 del Código italiano de 1939 y 298 del vigente, así como el párrafo 1.753 del B. G. B., que admiten semejante posibilidad, de nuestro sistema legal se desprende que no es posible llevar a cabo la adopción cuando ha fallecido el adoptante o el adoptado con anterioridad al otorgamiento de la escritura (41).

(40) Artículo 366 del Código civil francés: "Si el adoptante fallece después de que el acto que constata la voluntad de formalizar el contrato de adopción ha sido recibido y que la solicitud de homologación ha sido presentada al tribunal civil, se continúa el procedimiento y se admite la adopción, si ha lugar. En este caso, la adopción produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante. Los herederos del adoptante pueden, si estiman indamisible la adopción, elevar al procurador de la República todas las memorias y observaciones a este respecto."

Artículo 298 del Código civil italiano: "...Si el adoptante fallece después de haber prestado su consentimiento y antes de que se dicte el decreto, se puede proceder al cumplimiento de los actos precisos para la adopción. Los herederos del adoptante pueden presentar al tribunal memorias y observaciones para oponerse a la adopción. Si se admite la adopción, produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante."

Parágrafo 1.753 del B. G. B.: "La aprobación del contrato de adopción no puede tener lugar después de la muerte del adoptando. Después de la muerte del adoptante, sólo es admisible la aprobación cuando el adoptante o el adoptando han presentado la petición de aprobación al tribunal competente, o cuando habiendo redactado o hecho redactar el contrato ante el juez o ante notario, han confiado la presentación al tribunal o al notario. La aprobación hecha después de la muerte del adoptante produce los mismos efectos que si se hubiese realizado antes."

(41) Una especie de la adopción póstuma está constituida por la adopción

Manifiesta el artículo 177 de nuestro Código civil que en la escritura se expresarán las condiciones en que se haya hecho la adopción. El término *condiciones* se emplea en sentido impropio, no en sentido técnico, como sinónimo de cláusulas.

En el caso de la adopción realizada por los cónyuges no veo obstáculo para que ambos puedan realizar la adopción en el mismo instrumento o en escrituras separadas, pues la expresión “*conjuntamente*” del artículo 173, núm. 4.⁴², debe interpretarse en el sentido de que se permite la adopción a la vez de una persona por otras dos (cónyuges) —en contra del principio general de que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente—, pero no en el que se requiera necesariamente que la adopción se formalice en el mismo instrumento. De modo análogo, aunque la solución sea aquí más dudosa, parece que en la adopción plena podrán adoptar ambos cónyuges en la misma escritura o en escrituras distintas, siempre que se patentice que proceden de consumo, es decir, con unidad de propósito. Se trata de algo análogo a lo que sucede con el testamento mancomunado aragonés: la sentencia de 18 de mayo de 1959 establece que el testamento mancomunado no deja de ser tal por el hecho de que los cónyuges lo otorguen en instrumentos separados siempre que comparezcan conjuntamente ante el notario y resulte que obraban de perfecto acuerdo, manifestando su voluntad de modo sucesivo y sin solución de continuidad. Sin perjuicio de esto, regirá el principio de unidad de acto, en los términos en que se exige por la legislación notarial.

El notario deberá unir el testimonio del auto o resolución judicial a la matriz, legitimando la firma del secretario judicial.

No es posible verdadera y propia representación voluntaria, sino únicamente la actuación del nuncio, ya que por tratarse de un acto personalísimo no cabe sustitución en la determinación del querer interno, sino sólo en su emisión material.

d) *Fase registral*

Esta se integra de la inscripción en un Registro, que puede ir precedida de la publicación de la adopción en el periódico oficial (42).

testamentaria, de que se conocieron varios casos en el Derecho romano, como las de Pomponio Atico y Mario el Joven, la de Dolabella por Livia y, sobre todo, la de Octavio por César, en el testamento de éste del año 45 a.C. Esta última destaca singularmente, no sólo por la categoría de los interesados y las consecuencias políticas que produjo, sino porque plantea el problema del carácter que desempeñaba la aprobación por las curias (“lex curiata”). Vid. sobre el particular M. H. PREVOST, Adoption d’Octave, en Rev. Int. Dr. antiq., III, año, tomo V, 1950. La adopción testamentaria fue admitida por el Código francés de 1804, una vez transcurridos cinco años de la tutela oficiosa, siempre que el testador no hubiese dejado hijos legítimos. Actualmente ha desaparecido.

(42) En general, la inscripción de la adopción se efectúa en el Registro del estado civil y es precisa para que la adopción surta efectos contra terceros. Así, el art. 365, párr. 2.^o del Código civil francés (“La adopción no es oponible a los terceros, sino a partir de la transcripción de la resolución de homologación”), art. 7.^o de la Ley chilena núm. 7.613, art. 314 del Código civil

Según el artículo 177 del Código civil, “aprobada... la adopción... se otorgará escritura... y se inscribirá en el Registro civil correspondiente.” Este Registro civil correspondiente es el Registro en que figure inscrito el nacimiento del adoptado, si bien la solicitud d inscripción puede formularse en el Registro del domicilio de quien la solicite (artículos 46 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, 2.^o y 175 de su Reglamento, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958). En su caso, será competente el Registro Central conforme al artículo 18 de la Ley.

La inscripción, según esto, se practicará normalmente al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado, previa presentación por parte de la persona obligada a ello —y lo están especialmente el adoptante y adoptado capaces— del título correspondiente —que será, por lo general, la copia de la escritura pública —o testimonio de la misma— dentro del plazo normal de tres días siguientes al otorgamiento de la escritura y subsiguiente expedición de la copia o testimonio, haciéndose contar en la expresada inscripción marginal la clase de adopción —plena o menos plena— y los demás requisitos generales (arts. 1.^o 2.^o, 35 y especialmente 46 y 56 de la Ley del Registro civil y 6, 21, 22, 36, 37, 175 y 201 a 204 de su Reglamento).

La inscripción no tiene valor constitutivo, sino el de título de legitimación (43). Al propio tiempo, la adopción no inscrita no podrá oponerse al tercero de buena fe.

italiano —el cual establece la posibilidad de su publicación en el periódico oficial, a semejanza de lo dispuesto en el art. 364 del Código civil francés y el art. 8.^o de la Ley costarricense de 19 de mayo de 1953—, pero también es frecuente que conste en un Registro especial, como el Adopted Children Register inglés (Ley de 4 de agosto de 1926, XI). Es muy interesante destacar que la Ley uruguaya de 14 de noviembre de 1945 sobre legitimación adoptiva, modificada por la de 26 de diciembre de 1957, autoriza una verdadera falsificación oficial de las actas del Registro civil a fin de mantener a rajatabla el secreto de la legitimación: “Con el solo testimonio de la sentencia ejecutoriada que autorice la legitimación, la parte solicitante efectuará la inscripción del menor en el Registro del estado civil como hijo legítimo inscrito fuera de plazo. En la partida correspondiente no hará mención alguna del juicio y su texto será el corriente en dichos instrumentos. Se realizará también la anotación pertinente en la Libreta de la Organización de Familia, de modo idéntico a la de los hijos legítimos (art. 3.^o). Además, se destruye la ficha y expediente del menor pupilo del Consejo del Niño, se castiga penal y civilmente la violación del secreto, etc. El radicalismo se lleva a tal punto, que cuando se deseé legitimar adoptivamente a dos o más menores al mismo tiempo y no haya la diferencia de 180 días entre sus respectivos nacimientos, el juez está autorizado para modificar éstas y ponerlas de acuerdo con el plazo mínimo, con objeto de evitar que de ellas pueda deducirse que al adoptado no ha sido fruto del matrimonio: “Cuando se pretenda legitimar dos o más menores simultáneamente, no será obstáculo la circunstancia de que medien menos de 180 días entre los respectivos nacimientos. En este caso, el Juzgado establecerá en la sentencia las fechas de nacimiento de cada uno, en forma que no se viole el plazo mínimo establecido en el art. 215 del Código civil” (artículo 2.^o).

(43) Acerca de la inscripción en el Registro civil conforme a nuestra legislación vigente, puede verse la parte que al particular se dedica en la obra

Además la adopción se hará constar en el libro de familia y en el de filiación, conforme a los artículos 36 a 40 del Reglamento.

Con esto, queda perfectamente concluido el procedimiento de adopción y cumplidos todos los requisitos legales, gozando los interesados plenamente de las ventajas inherentes a su condición y afectándoles también íntegramente las limitaciones y obligaciones pertinentes (44).

de GAMBON ALIX, Germán, *La adopción*, Bosch, 1960 (págs. 178 a 192), debida a PÉREZ RALUY, José. Sobre la carencia de efectos constitutivos de la inscripción y su valor como título de legitimación y su oponibilidad, merece consultarse la reciente obra del profesor CASTRO Y BRAVO, Federico: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, págs. 182 a 185 y 336 a 338.

(44) Este trabajo fue escrito hace tiempo, antes de las reformas legislativas que la adopción ha experimentado en países tales como Francia, Portugal, Italia y Bélgica, siendo la tercera y última parte de un estudio sobre los requisitos de la institución, cuyas dos primeras partes fueron publicadas en el fascículo segundo de los tomos XIX (págs. 337-368) y XXI (páginas 369-411) de esta Revista.

La emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza» en la Jurisprudencia española

JOSE BONET CORRÉA

SUMARIO: 1. El empleo de la emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza»: su diferenciación.—2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1895: sus condiciones de hecho y sus fundamentos de derecho.—3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1929.—4. La depreciación de las monedas como motivo del conflicto de interés.—5. La opción como un derecho de elección a voluntad de los acreedores.—6. La posición del Tribunal Supremo en cuanto a las opciones pactadas.—7. La actitud del Tribunal Supremo en cuanto a la depreciación de las monedas.—8. La asimilación del contrato de emisión de obligaciones al préstamo: la postura actual.—9. La posibilidad de emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza» en la legislación vigente.

1. *El empleo de la emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza»: su diferenciación.*

El impulso del movimiento industrial europeo decimonónico ha de tener sus primeras consecuencias en España, principalmente con la iniciación de la explotación de los ferrocarriles y de la energía eléctrica. La necesidad de grandes capitales y de materiales técnicos tendrá como resultado la unión de intereses nacionales y el predominio de los extranjeros.

Tanto en el siglo pasado como en la primera mitad del presente, a nuestros Tribunales no les faltó ocasión de pronunciarse ante el conflicto de aquellos intereses. En uno de sus particulares aspectos, merecen especial atención dos sentencias del Tribunal Supremo, en las que se refleja aquella situación (SS. del 29 de octubre de 1895 y 23 de abril de 1929), y en las que si bien se abordan, fundamentalmente, las cuestiones generales respecto a la licitud y el modo de pago en moneda extranjera, además aparecen constatadas en las escrituras de emisión de los títulos obligatorios de las sociedades dedicadas a la construcción y explotación de las líneas férreas las modalidades conocidas doctrinalmente como cláusulas con «opción de cambio» y con «opción de plaza» es

decir la posibilidad de elección que tienen los tenedores de los títulos de hacer efectivos sus intereses y amortizaciones en cualquiera de las plazas señaladas o de las monedas pactadas.

La utilización de las opciones para las emisiones obligatorias no ha quedado desactualizada; antes, por el contrario, las circunstancias económico-financieras entre las naciones europeas y anglosajonas de hoy en día vuelven a crear situaciones y relaciones en el mercado de capitales que las sociedades extranjeras y españolas se interesan por el ahorro propio y de los demás países, para lo cual utilizan diversas técnicas en la recogida de los cuantiosos fondos monetarios necesarios a sus empresas y que han de conseguirse mediante el lanzamiento de emisiones de obligaciones con el atractivo y comodidad necesarias para los inversores a fin de que la sociedad obtenga el pleno éxito de la colocación de sus títulos.

Entre las diversas técnicas financieras de emisión simultánea de obligaciones en diversos países se encuentra esta modalidad ya veterana, pero aún actual (1), que fue conocida y divulgada por la práctica francesa y belga (2) con la denominación de «opción de cambio» y «opción de plaza» adoptándose igualmente por la italiana (3) y usada también por la alemana (4), si bien esta última presenta un cambio de termino-

(1) Ciertas sociedades italianas, francesas y belgas han utilizado hasta 1961 esta modalidad de lanzamiento de obligaciones, cfr. SEGRE, *Emissioni obbligazionarie estere sui mercati europei (obiettivi, condizioni e forme dell'evoluzione attuale)*, en *Moneia e Credito* (1964), pp. 18 y ss.; SENA, *Obbligazioni di società e nuove forme di finanziamento internazionale (cenni sulle obbligazioni in moneta estera, in unità di conto europee e sulle obbligazioni indexées)*, en *Rivista del Diritto commerciale*, LXIII (1965), p. 144, núm. 33.

(2) Cfr. WAHL, *Effets des fluctuations du change sur la constitution et le fonctionnement des sociétés*, en *Journal des sociétés civiles et commerciales*, 41 (1920), pp. 97 y ss.; JEZÈ, *La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans les emprunts publics d'Etat*. París, 1924, pp. 92 y ss.; REYNAUD, *Etude sur les modalités de paiement des valeurs mobilières depuis 1914*. Thèse. París, 1924; ROZIS, *L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie (la monnaie de paiement)*. París, 1925, pp. 65 y ss.; X, *Comment garantir les emprunts intérieurs contre la dépréciation de la monnaie*, en *Revue Politique et Parlamentaire*, 134 (1925), pp. 30 y ss.; DREYFUS, *La monnaie de paiement des emprunts étrangers*, en *Revue de Paris* (1925), pp. 435 y ss.; LAGARDE, *L'émission des titres en France par des sociétés de commerce étrangère*. Thèse. París, 1926; PRUDHOMME, *De l'option de change. Le lieu de souscription determine la nature de la monnaie*, en *Clunet*, 61 (1934), pp. 265 y ss.; SEIGNOL, *Clauses destinées à parer à l'instabilité monétaire. L'option de change et l'option de place*. París, 1935; PICTET, *L'option de change*, en *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 54 (1935), pp. 310 y ss.; PLANIOL, RIPERT, RADOUANT, *Traité de droit civil*, número 1.192.

(3) Cfr. SALANDRA, *Prestito obbligazionario pagabile in diverse valuta*, en *Il Foro italiano*, I (1937), pp. 1657 y ss.; HEINITZ, *Ancora in tema di prestito obbligazionario pagabile in diverse valute*, en *Il Foro italiano*, I (1938), pp. 595 y ss.; DE STEFANI, *Di un caso di obbligazioni in valuta estera e italiana*, en *Giurisprudenza italiana*, I-2 (1938), pp. 225 y ss.; ANDRIOLI, *Considerazioni di diritto privato sul R. D. L. 27 febbraio 1939, n. 337, che dichiara invalide le clausole monetarie inserite nei prestiti obbligazionari di società italiane*, en *Il Foro italiano*, IV (1939), pp. 137 y ss.; GRAZIANI, *Questioni in tema di obbligazioni stilate in valuta italiana ed estera*, en *Studi di diritto civile e commerciale*. Na-

ología, al denominarlas como «cláusulas alternativas» (alternative Währungsklausel), por su identificación con el matiz de una de sus características principales. Por su parte el derecho anglosajón (5), y concretamente dentro del ámbito de los Estados Unidos cumplen una función equivalente a la opción de cambio las denominadas «multiple currency clauses», en contraste con las «multiple collection clauses», similares a la opción de plaza.

La «opción de cambio» se concreta como una cláusula añadida a la escritura de emisión, y que también se hace constar en los títulos mediante la cual se permite al portador efectuar, en el momento del pago de los intereses y del reembolso, una elección entre las varias monedas y en los diversos países entre las que suelen establecer una determinada paridad.

La «opción de plaza» también queda redactada en la escritura de emisión, y constatada en los títulos, y permite a su portador el cobro de los intereses y amortizaciones en cualquiera de las plazas previstas según el cambio equivalente de la moneda estipulada.

En definitiva la diferencia que las separa, dirá Schoo (6), es que la opción de plaza implica un contrato expresado en una moneda de cuenta, de base fija, que prevé varias monedas de pago y cuya cuantía —contrariamente a lo que sucede con la opción de cambio donde se ha establecido de una vez para siempre— se determinará según el curso del cambio de la moneda en curso en el lugar de cumplimiento.

El parecido de ambas cláusulas monetarias condujo a que los inversores las confundieran con bastante facilidad, sobre todo porque la opción de cambio implica ordinariamente una opción de plaza, aun-

poli, 1953, p. 415; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* (Arts. 1.277-1.284). Bollogna-Roma, 1959, p. 226; CONFORTI, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*. Pompei, 1962, pp. 251 ss.

(4) Cfr. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*. Tübingen, 1925, traducción española de Sancho Seral: *Teoría jurídica del dinero*. Madrid, 1929, pp. 316 y ss.; SPRINGER, en *Bank Archiv*, XXV (1925), p. 291; RICHTER, *Die Auslegung internationaler Schuldverschreibungen (Drei neuere französische Urteile)*, en *Bank Archiv*, XXVI (1926), pp. 392 y ss.; NUSSBAUM, en *Juristische Wochenschrift* (1926), pp. 1320 y ss.; FICK, *Zum Streit um die «alternative Währungsklausel»*, en *Bank Archiv*, XXVI (1926-27), pp. 500 y ss.; SCHNITZER, *Handbuch des Handels-Wechsel- und Checkrechts*. Zürich y Leipzig, 1938, p. 292; WIELENS, *Die Emission von Auslandsanleihen. Eine Analyse ihrer Markelemente, ihrer Entwicklung seit 1945 und deren Bedeutung für die Integration des Kapitalmarktes*. Wiesbaden, 1968; SEETZEN, *Zur innerstaatlichen und internationalen Zulässigkeit von Fremdwährungs-schulden- und Klauseln*, en *Aussengewirtschaftsdienst der Betriebs-Berater*, 7 (1969), pp. 253 y ss.

(5) Cfr. NUSSBAUM, *Multiple Currency and Index Clauses*, en *Pennsylvania Law Review*, 84 (1935), p. 569; RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, III (Chicago, 1945-1950), p. 8 y 45; MANN, *The legal aspect of money*. 2.^a ed. Oxford, 1953; Id., *Das Recht des Geldes*, trad. alemana. Frankfurt am Main y Berlín, 1960, pp. 161 y ss., donde adopta la terminología de «option of currency» y «option of place».

(6) SCHOO, *Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales*. Buenos Aires, 1940, pp. 51 y ss., donde expone el amplio panorama doctrinal que se ocupa de precisar los requisitos y naturaleza de estas cláusulas.

que a la inversa no sea así. Pero sí se atiende a que el rasgo predominante de la opción de cambio consiste en la independencia recíproca de las monedas alternativamente prometidas, mientras que en la opción de plaza la alternativa ya no se halla en la moneda, sino en la plaza de pago, se distinguirán netamente. La opción de cambio implica, pues, equivalencia entre distintas monedas, ya que el empréstito no consigna una principal sino varias monedas de pago, estipulándose el número de unidades exigibles en cada divisa. La opción de plaza, por el contrario, se caracteriza por la existencia de una moneda principal, única, pero se ha convenido que el pago podrá hacerse en diferentes plazas y en la moneda de éstas. La cantidad de moneda se calcula según el curso del cambio de la moneda base en relación a la divisa del lugar de pago. La suerte del título —concluirá Schoo (7)—, por tanto, se encuentra ligada a una sola moneda, es decir, que la estimación de la deuda se hace en una forma única, pero se prevén diversos instrumentos de liberación.

Resulta de interés ver cómo en la práctica vienen redactadas estas cláusulas de opción de cambio y de opción de plaza para las emisiones de títulos obligatorios (8) y, particularmente, en los dos casos que fueron objeto de sentencia por nuestro Tribunal Supremo.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1895: sus condiciones de hecho y sus fundamentos de derecho.

La sentencia del 29 de octubre de 1895 (9) abordó el caso siguiente: el 7 de noviembre de 1871 se constituyó la sociedad anónima denominada «Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca», formándose después, como continuación de la misma, por los tenedores de las acciones de que se componía, otra sociedad anónima de la misma denominación, con arreglo al párrafo tercero del artículo 265 del Código de Comercio, al Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1868 y a las bases contenidas y aprobadas en la Junta general del 25 de noviembre de 1878, y se elevó a escritura pública el 27 del mismo mes.

La sociedad, con domicilio en Madrid tenía por objeto, según el artículo 3.^º la construcción y explotación del ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca, concedido por noventa y nueve años en virtud de la Ley del 13 de abril de 1864, la construcción de otros caminos de hierro aprovechamiento de carreteras y explotación del servicio de transportes, etc., así como la fusión con otras sociedades de idéntica naturaleza.

Se acordó que el Consejo de administración se compondría, según

(7) SCHOO, op. cit., p. 653.

(8) Cfr. NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, cit., p. 317; SCHOO, op. cit., p. 622; MANN, *Das Recht des Geldes*, cit., p. 162.

(9) V. *Jurisprudencia Civil: Colección Legislativa de España*. Edición oficial. Volumen III de 1895. Madrid, 1909, pp. 144 y ss.

el artículo 15, de quince accionistas, una sección de la cual, con arreglo al artículo 17, compuesta de ocho consejeros a lo sumo, residiría en París con carácter permanente. Que el consejo, según el artículo 22, estaba revestido de las facultades más amplias para la gestión de los negocios de la sociedad. Que el comité de París, según el artículo 24, deberá reunirse cuantas veces fuere necesario, a juicio del presidente del consejo o del vicepresidente, estableciendo la forma en que había de concurrir a la administración de los asuntos sociales y estando encargado particularmente de cuanto concierne a la gestión financiera en Francia de los intereses de la compañía.

Según el artículo 6.^º de la escritura de constitución, el capital social quedaba fijado en 28.500.000 reales, o 7.125.000 pesetas, representado por 15.000 acciones al portador de 475 pesetas o 500 francos franceses cada una, totalmente emitidas, realizadas y pagadas.

El empréstito de la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca se componía de 38.000 obligaciones de 500 pesetas cada una, equivalentes a 500 francos franceses, con el interés anual de 15 pesetas o 15 francos, y los cupones de 7 pesetas y cincuenta céntimos cada uno, cantidades que se habían de satisfacer en Madrid, Barcelona y París.

La Junta general de la compañía, reunida el 28 de abril de 1888, autorizó al consejo de administración para tomar a préstamo, con las condiciones que estimara más favorables, las sumas necesarias hasta la concurrencia de 1.000.000 de francos para la ejecución de los trabajos de renovación de la línea, y ratificaba el anticipo hecho ya por el «Comptoir d'Escomptes de Paris» como parte de dicho préstamo.

En vista de la deficiente situación financiera de la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca, sus representantes del consejo de administración celebraron un contrato el 7 de febrero de 1891 con la de los Ferrocarriles del Norte de España, por el cual, la primera de dichas sociedades cedió y traspasó a la segunda el mencionado ferrocarril y todos los inmuebles, material y derechos que le correspondían, obligándose la del Norte a pagar los intereses y amortización de las 30.000 obligaciones de las 38.000 que tenía emitidas la Sociedad de Medina del Campo a Salamanca, en las cuales la compañía cesionaria estamparía un cajetín con la promesa de pago, estableciéndose en el artículo 8 del contrato que la Compañía del Norte pagaría el interés de 15 pesetas o francos anuales por cada una de las 30.000 referidas obligaciones y la amortización a 500 pesetas o francos por cada título, a partir desde el primer vencimiento siguiente al día en que tomase posesión de la línea enajenada. Se retenían 2.750 obligaciones para costear ciertas obras pendientes de ejecución, acordándose repartir las 27.250 obligaciones restantes entre los acreedores, a prorrata, por el importe de sus créditos, para lo cual los portadores de las obligaciones y de cupones los presentarían a la comisión liquidadora que les entregaría en cambio las obligaciones que les correspondiera con la estampilla de garantía de la Compañía del Norte. En vir-

tud de lo cual los acreedores de la Compañía de Medina del Campo a Salamanca declararían a ésta libre por completo de todos sus compromisos, y le darían plenos poderes para realizar, en lo concerniente a las hipotecas y demás extremos, todo cuanto pudiera ser consecuencia del contrato. Por último, se establecía en el artículo 9 del contrato que se someterían a la aprobación de las juntas generales de accionistas de las dos Compañías que lo concertaban, siendo firmado este contrato en París el 4 de marzo de 1891.

En la primera junta que se celebró, los representantes de la Diputación Provincial de Salamanca combatieron los mencionados convenios y contrato debido a que anulaban los derechos de su comitente. Sin embargo, puestos a votación, los asuntos quedaron aprobados por 199 votos contra 27, y ratificados los contratos del 27 de febrero y del 4 de marzo establecidos entre la Compañía de los Caminos de Hierro del Norte de España y la Compañía de Medina del Campo a Salamanca, así como el proyecto de convenio presentado por el consejo de administración.

La Compañía de Medina del Campo a Salamanca, por escrito del 15 de julio de 1891, solicitó, además, ante el Juzgado de Primera Instancia se le declarase en estado de suspensión de pagos; declaración que se hizo por dicho Juez en auto del 7 de agosto de 1891. El 22 de septiembre de este mismo año, la Compañía presenta una proposición de convenio basada en el contrato celebrado con la Compañía del Norte para la cesión a ésta del ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca; pide que se publiquen edictos convocando a los acreedores para que puedan adherirse al convenio, lo cual se ordena y tiene efecto en Barcelona, Sevilla, París Londres y Bruselas. Sin embargo, se paralizan los autos de suspensión de pagos en lo relativo a la aprobación o no del proyecto de convenio hasta que recaiga sentencia en la demanda que plantean los representantes de la Diputación Provincial de Salamanca.

Los representantes de la Diputación Provincial de Salamanca se oponen en juicio el 21 de enero de 1892, alegando que eran nulos los acuerdos tomados por la Compañía, que no había certeza en el precio por las oscilaciones en los cambios y porque había gran diferencia entre pagar en Madrid, Barcelona y París.

Sentenciado el juicio en dos instancias, la Sala segunda de lo civil de la Audiencia de Madrid, el 29 de diciembre de 1893, dictó sentencia confirmatoria, absolviendo a la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca de la demanda interpuesta por la Diputación Provincial de Salamanca, declarando válido y eficaz el contrato celebrado el 27 de febrero de 1891 por dicha Compañía y la del Ferrocarril del Norte.

Interpuesto recurso de casación por la Diputación Provincial de Salamanca, alega: Primero. Que la sentencia comete error de hecho al no aparecer que todos los accionistas se sometieron al acuerdo de autorizar la enajenación del camino de hierro de Madrid a Salamanca. Segundo. Que infringe el artículo 299 del Código de Comercio de 1829,

concordante con los 121 y 155 del Código de 1855, y la doctrina legal contenida en las sentencias de 25 de febrero de 1869 y 30 de noviembre de 1871, así como los artículos 45 y 59 de los estatutos de la Compañía de Medina del Campo a Salamanca, en relación con el 3.^º, 22 y 33, de los mismos estatutos, por cuanto, no obstante, ser éstos la ley a que deben ajustarse los actos y acuerdos del consejo de administración y de la junta general, se daba en el fallo valor y eficacia al contrato de 27 de febrero de 1891, que implicaba la disolución de la Compañía, prescindiendo de que los estatutos no consienten omitir el nombramiento y función de liquidadores. Tercero. Y que, por último, infringe los artículos 1.445 y 1.449 del Código civil, en relación este último con el 1.132, por cuanto en el contrato de venta impugnado no medió precio cierto y se dejó al arbitrio del deudor o comprador del camino vendido pagar en francos o en pesetas, bien fuese en París o en Madrid y Barcelona.

Siendo magistrado ponente don José de Cáceres, se declara que no ha lugar al recurso de casación, en base a los siguientes considerandos:

«Considerando: que no es de estimar el motivo primero porque el error que en él se atribuye a la Sala sentenciadora se refiere a un hecho sin influencia para la resolución que origina este recurso, puesto que hubiera o no unanimidad en la junta de 9 de junio de 1890, es lo cierto que ésta fue puramente preliminar del contrato cuya validez se discute, contrato que, después de concertado, fue sometido a la deliberación de otra junta general posterior, con cuya aprobación se formalizó en 27 de febrero del año siguiente.»

«Considerando: que la sentencia recurrida no infringe los artículos del Código de Comercio y de los estatutos sociales invocados en el motivo segundo, en el concepto de no ser obligatorio el mencionado contrato para los socios ausentes y disidentes, por haberse prescindido del nombramiento y función de los liquidadores que los artículos citados exigen para el caso de disolución, porque los contratos de venta, cesión o traspaso de los derechos de las compañías mercantiles dedicadas a obras públicas, o su fusión con otras de la misma índole, no pueden confundirse con aquélla, ni originan necesariamente una liquidación en el sentido que la define y regula el Código de Comercio, la cual podrá o no sobrevenir a consecuencia de dichos contratos por virtud de circunstancias o pactos especiales que en este pleito no se han mencionado.»

«Considerando: que el derecho concedido al comprador de hacer el pago en distintos lugares y clases de moneda constituye un pacto lícito que en nada afecta a la certeza del precio cuando éste se ha fijado, como sucede en el contrato en cuestión, señalando, de manera que no deje lugar a duda, el número y clase de las especies monetarias, francos o pesetas, en que debe hacer el pago, así como tampoco afectarle el valor mayor o menor que dichas especies tengan en la época de su entrega, siquiera esto entrañe un riesgo, porque sobre ser conocido de los contratantes, uno y otro lo corren por igual, como derivado de las

oscilaciones propias del mercado, en cuyo concepto, la sentencia recurrida no infringe las disposiciones del Código civil señaladas en el motivo último.»

En cuanto a lo alegado por el recurrente, puede advertirse cómo trató de ceñir el pleito tan sólo a tres extremos, de los cuales el último se refiere únicamente a dos cuestiones, a mi modo de ver, erróneamente planteadas: la nulidad del contrato de venta por no mediar precio cierto y el considerar que se dejaba al arbitrio del deudor el pago en pesetas o francos, en Madrid, Barcelona o París.

Acotadas así las cuestiones, el Tribunal Supremo fallará de un modo muy general acerca de la certeza del precio y del derecho que tiene el comprador en cuanto a poder pagar en las distintas monedas estipuladas (francos o pesetas) y en las distintas plazas convenidas (Madrid, Barcelona, París), sin una referencia concreta a que procedía de la modalidad pactada en las escrituras de emisión de las obligaciones —entonces frecuente—, y que se conocía por «opción de cambio» y «opción de plaza».

También pasa por alto nuestro más alto Tribunal el error en que incurría el recurrente —comprensible desde su posición de accionista— de alegar un derecho preferente a favor del comprador respecto al pago de los intereses y amortizaciones de los títulos, cuando en realidad el ejercicio de la opción pertenece a los poseedores de los títulos para devengar sus créditos, tal como la Compañía de Ferrocarriles del Norte había aceptado al haber asumido en su contrato las mismas condiciones que las de la emisión originaria mediante el estampillado especial de su compromiso.

Las cuestiones generales que el Tribunal Supremo aborda respecto a la validez y licitud del pacto de pago en moneda nacional o extranjera, así como a la posibilidad de que se lleve a cabo en distintos lugares (en territorio nacional o extranjero), lo referente a la interpretación de las especies monetarias, tanto si eran monedas nacionales como extranjeras, y el modo de resolver el riesgo de las oscilaciones monetarias cuando puede conocerse por los contratantes, son extremos que merecen una particular atención en cuanto a una correcta interpretación del pago de las deudas de dinero, según es norma en el artículo 1.170 del Código civil y 312 del Código de Comercio, los cuales, si no fueron mencionados, son los que deciden la situación de conflicto entre las partes de acuerdo con el derecho vigente en la época que se dicta la sentencia.

Antes de entrar en el examen concreto de cada una de estas cuestiones, veamos la doctrina que el Tribunal Supremo también sieta en otro de sus fallos al contemplar, igualmente, el caso de una sociedad que omite obligaciones con las mismas características de «opción de cambio» y de «opción de plaza».

3. *La sentencia del Tribunal Supremo del 23 de abril de 1929.*

La sentencia del Tribunal Supremo del 23 de abril de 1929 (10) aborda el caso concreto donde el conflicto nace entre un obligacionista y la Compañía de Ferrocarriles Andaluces, Sociedad Anónima española, constituida en el año 1869 con un capital de 1.500.000 pesetas, sucesivamente aumentado hasta 45.000.000 de pesetas, y domiciliada en Madrid.

La Compañía emitió sucesivas series de obligaciones en pesetas y francos franceses, estableciendo en el artículo 7.^o de su estatuto la paridad de cambio entre ambas monedas en cuanto se refería a las acciones, por lo que si no lo hizo específicamente para las obligaciones (artículo 37 de los estatutos) debía entenderse el mismo criterio, tal como quedaba reconocido en la práctica.

Entre las diversas series de obligaciones emitidas hasta 1907, son de interés para el pleito las siguientes: 1.^a, Obligaciones Sevilla-Jerez-Cádiz, serie gris, emitida en 1870; 2.^a, Obligaciones Sevilla-Jerez-Cádiz, serie amarilla, emitida en 1874; 3.^a, Obligaciones Compañía Ferrocarriles Andaluces, primera serie, emitida en 1880; 4.^a, Obligaciones Compañía Ferrocarriles Andaluces, segunda serie, emitida en 1890. Dichas emisiones de obligaciones se habían hecho con la siguiente característica: poder optar libremente por cobrar los cupones a su vencimiento en Madrid en pesetas o en París en francos.

Al provocarse en el año 1896 una depreciación de la peseta respecto al franco francés, la Compañía de Ferrocarriles Andaluces pretende pagar solamente en pesetas los cupones de sus obligaciones para sustraerse a las onerosas consecuencias que le implicaba todo ello. Entonces, varios tenedores de dichas obligaciones inician procedimientos particulares y judiciales para defender su derecho de opción. Para zanjar la cuestión, la Compañía llega a un *modus vivendi* con los obligacionistas, si bien reconocía el derecho a aquella opción para poder cobrar en francos o en pesetas.

Como la situación económica de la Compañía iba empeorando y haciéndose más precaria, a consecuencia de la depreciación monetaria, llegando al trance de no poder cumplir normalmente los compromisos financieros contraídos, con el fin de salvar aquella situación y asegurar su normal desenvolvimiento, así como su crédito y dar a los obligacionistas las garantías necesarias a cambio de los sacrificios que se les pide, se propone un convenio que los obligacionistas aceptan con el benévolos deseo de ayudarla.

El artículo 1.^o de dicho convenio fija las condiciones conforme a las cuales deberían ser pagados los cupones vencidos, aun no cobrados, de las obligaciones correspondientes a las cuatro emisiones, así como de

(10) V. *Jurisprudencia Civil: Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo: Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 188 (2.^o de 1929). Madrid, 1931, pp. 1169 y ss.; también en *Revista de Derecho Privado*, XVIII (1931), p. 305.

los que estaban por vencer hasta el 1 de enero de 1906. Tales condiciones eran de que los cupones pagaderos en francos (con excepción de los vencidos desde el 1 de julio de 1900 a 31 de diciembre de 1925) serán abonados en pesetas, pero entregando al tenedor vales representativos de la diferencia entre el importe líquido del cupón en francos y su contravalor en pesetas efectivamente pagadas, o por pagar, vales que, a su vez, habría de ser liquidado más adelante en la forma que establece dicho convenio.

El artículo 2.^º del convenio, en sus apartados B y C, divide cada tres obligaciones en dos grupos: uno compuesto por dos de dichas obligaciones que seguirán cobrando un interés fijo, y el otro por la tercera de dichas obligaciones que sólo habrían de percibir en lo sucesivo un interés variable según los beneficios obtenidos por la Compañía en sus liquidaciones anuales. Respecto a las dos obligaciones con interés fijo, la letra B de este artículo establece textualmente que «serán mantenidas en sus condiciones y en sus derechos actuales, a excepción de lo que hace a la amortización». La tercera de dichas obligaciones quedó modificada por el apartado B de dicho artículo 2.^º «en lo que se refiere a sus derechos actuales de conformidad con lo establecido en el artículo 3.^º que se indicará», cláusula que reitera el artículo 3.^º del convenio de 1906, no modificando los derechos inherentes a las dos obligaciones de interés fijo, salvo en lo que se refiere a la amortización. Por el apartado E de dicho artículo, la Compañía de Ferrocarriles Andaluces se reservó «la facultad de proceder al canje de los títulos de las obligaciones expresadas por otros nuevos, si bien con las siguientes concresciones: «Este canje, si llega a efectuarse, se hará con la declaración expresa de que excluye toda novación de los nuevos títulos emitidos siendo la simple reproducción de los títulos retirados, salvo las modificaciones aportadas a los derechos de los tenedores por el presente convenio; y por consiguiente todos los derechos que tenían los títulos antiguos y especialmente los títulos hipotecarios continuarán amparando los derechos de los tenedores según las categorías a que pertenezcan».

Las modificaciones de que habla el artículo 2.^º se encuentran contenidas en el tercero, y son las siguientes: Primer grupo, obligaciones de interés fijo: las modificaciones introducidas alcanzan exclusivamente, conforme a lo establecido en la letra B del artículo 2.^º, a la amortización, respecto de la cual los obligacionistas hicieron concesiones a la Compañía, permitiéndole aplazamientos y otorgándole plazos con sacrificio del interés propio al fin de disminuir las dificultades de aquél para cumplir sus compromisos en las condiciones con que los empréstitos habían sido contratados. Segundo grupo, obligaciones de interés variable: las modificaciones consisten tanto en lo relativo a la amortización como en lo referente al pago de intereses, permitiendo que lo pagado en cada año sea inferior a lo consignado en los artículos anteriores y acomodando su importe a los resultados de la liquidación definitiva de cada ejercicio de la Compañía, si bien precisando en la letra d) del número 4.^º de dicho artículo que en ningún caso

los accionistas puedan percibir dividendos mientras la Compañía no haya cumplido regular e íntegramente sus compromisos con los obligacionistas. En el número 1.^o del artículo 3.^o la Compañía declara su obligación de pagar los intereses de los cupones expresados en francos sin añadir a esta palabra calificativo alguno.

La Compañía, ejercitando la facultad que se había reservado, efectuó el canje de las dos series de obligaciones Sevilla-Jerez-Cádiz, amarilla y gris, sustituyéndolas por otras dos de iguales colores, cuyos títulos llevan fecha de 1 de enero de 1907, en cuyo anverso se contiene un texto en francés y en español, expresándose que «el interés anual de 10 pesetas, pagaderas en Madrid por semestres» y, en los cupones, se dice: «cupón de 5 pesetas, pagaderas en Madrid»; en el texto en francés se dice igualmente: «interés anual de 10 francos, pagaderas en París por semestres» y «cupón de 5 francos, pagadero en París». En los de interés variable se contiene el mismo texto, tan sólo con las modificaciones a su carácter variable.

En cuanto a las dos series de obligaciones Andaluces sólo fueron canjeadas las hojas de cupones, continuando en circulación los mismos títulos anteriormente emitidos, los cuales también llevan el texto en español y en francés, si bien el interés sólo se expresa en francos, mientras que en las de Sevilla-Jerez-Cádiz se fija en francos y pesetas. No obstante, en cada serie de estas últimas hay diferencias: la primera serie, de 1880, expresa: «pagaderas en París», mientras que la segunda serie de 1890 tan sólo manifiesta: «pagaderos por semestres».

En junio de 1907, la Compañía, usando de las facultades del convenio, emite una nueva serie de obligaciones Andaluces, cuyos títulos llevan textos en español y en francés, expresando en ambos que el capital es de 500 francos, y los cupones con anverso en francés y reverso en español, cuyo interés es de 7 francos y medio, pagaderos en París. Para su negociación en la Bolsa española hubo de declararse que «para todos los efectos de la creación y la emisión de la serie de cien mil obligaciones nuevas autorizadas por la asamblea general de accionistas de 14 de junio de 1907 la peseta, moneda española, debe ser considerada como valor equivalente legal en España del franco, moneda francesa» y que, por lo tanto, «el capital nominal de cada título es de 500 francos o de 500 pesetas, y el interés correspondiente al 3 por 100 es de 15 francos o de 15 pesetas».

La Compañía de Ferrocarriles Andaluces, durante varios años, vino anunciando y efectuando el pago de los cupones, tanto de las obligaciones Andaluces como de las de Sevilla-Jerez-Cádiz, en sus dos series respectivas en París, en Bruselas y en Ginebra, en francos franceses, belgas y suizos a la par, según la ciudad donde el pago se efectuaba y en diversas ciudades españolas en igual número de pesetas, pudiendo optar libremente los tenedores de obligaciones al presentarlos en cualquiera de los lugares citados, o en España, y cobrar en la moneda que prefiriesen.

En la Junta general de accionistas del 17 de junio de 1914 se

introdujeron varias modificaciones en los estatutos de la Compañía, quedando redactado el artículo 7.^º del siguiente modo: «Se establece como cambio fijo la igualdad del franco francés y de la peseta española, de manera que las expresadas noventa y un mil acciones que constituyen el fondo social representan 45.500.000 pesetas o francos y son representadas cada una por 500 pesetas o 500 francos, y los intereses o dividendos son pagaderos en Francia por el mismo número de francos que de pesetas en España».

Después de estallar la guerra europea, los tenedores de las obligaciones, utilizando una vez más su facultad de opción, en pesetas o francos, decidieron su mayoría en hacerlo en pesetas.

La Ley Alba del 2 de marzo de 1917, acerca de la nacionalización en España de títulos domiciliados en el extranjero, fue desenvuelta y complementada por el Real Decreto del 14 y la Real Orden del 20 de dicho mismo mes y año, confiere la exención de derechos reales y de timbre a las sociedades que explotasen negocios en España si domiciliaban sus valores en el Reino.

La Compañía de Ferrocarriles Andaluces se ocupó de facilitar estos beneficios a los obligacionistas que quisieran aprovecharlos, si bien el obligacionista demandante no se acogió a dicha nacionalización de sus títulos.

El demandante, en cuanto dueño de las obligaciones no nacionalizadas, y de otras series a que se refirió en su demanda, al presentar al cobro sus cupones exigió el pago en francos oro. La Compañía se negó a entender la expresada reclamación y anunció el pago de los cupones sucesivos en francos, a reserva de todos los derechos de los obligacionistas, que se atestiguara para los portadores de cupones de obligaciones no nacionalizadas mediante la entrega de un bono complementario. Al efectuar el pago, la Compañía entregó a los reclamantes —y entre ellos el demandante— billetes del Banco de Francia por su valor nominal o su equivalencia en pesetas y, a partir del cupón pagado en 1.^º de noviembre de 1921 abonos complementarios, o «valles», en que se hacía constar la reserva de sus derechos.

La Compañía admite y reconoce la opción a los obligacionistas de cobrar sus cupones en francos o en pesetas con anterioridad al 1.^º de diciembre de 1906, pero niega que en parte alguna estuviera dicho que, para los que optaran por cobrar en francos, había que hacerse en francos oro, sino en el franco que tuviera carácter de moneda libertaria en la fecha que el pago debía hacerse y en el lugar que debiera efectuarse. Y sólo cuando llegó el momento en que la depreciación del signo monetario español «peseta» fue tal que no pudo ser atendido el servicio con los ingresos y recursos de la Compañía fue cuando ésta quiso aceptar a su vez y acogerse a la igualdad que establecían entre el franco y peseta los títulos de las acciones, de las obligaciones y cupones, siendo rechazada esa facultad por los obligacionistas y que determinó la precisión de adoptar primero un *modus vivendi* y más tarde, un convenio, que fue sometido al Juzgado del distrito de

la Universidad, de Madrid, obteniendo la mayoría necesaria que permitió fuera homologado.

En la réplica, el demandante reconoce que es exacto que en ninguna parte está dicho que el pago había de hacerse en francos oro, pero que insistía en que no podía entenderse otra cosa, sino francos oro, por las razones ya alegadas.

El Juzgado dictó sentencia el 19 de febrero de 1925 y absuelve de la demanda a la Compañía, que fue confirmada por la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia de Madrid el 5 de mayo de 1928.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándose en la no aplicación de los preceptos 1.091, 1.281 y 1.282 del Código civil, relativos a la interpretación de los contratos. También invocó la infracción del artículo 1.091 y del 1.281 por privar a los obligacionistas su derecho de opción de exigir el pago en pesetas o en francos a su voluntad; además, alegaba que la finalidad del convenio era salvar de la quiebra a la Compañía, ya que se encontraba en suspensión de pagos, aplazando la amortización y disminuyendo la carga de intereses. Imputaba a la Sala negar que los cupones, de cuyo cobro se trata, fuesen pagaderos en pesetas o francos, según lo exigiesen los obligacionistas, a pesar de que en las hojas escritas por la Compañía para la nacionalización de las obligaciones y de los cupones se decía textualmente que «son pagaderos en pesetas y francos» y son pagaderos en moneda nacional y extranjera», lo cual padece de error de hecho y de derecho. También se alegó la infracción del artículo 1.289 del Código civil, en cuanto dispone que si el contrato fuese oneroso la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses; por cuanto al fallar que el contrato debe interpretarse en el sentido de que pagando la Compañía en francos papel, cuyo valor es hoy la quinta parte del de los francos oro en que se hizo el préstamo, no es sólo no buscar la mayor reciprocidad de intereses, sino alejarse lo más posible de esa reciprocidad, dando una ventaja enorme a la Compañía para el pago de su deuda, ventaja que sería lícita si no tuviera como contrapartida la lesión equivalente que, con mengua de esa reciprocidad, se infiere a los acreedores, cayendo en una solución evidentemente injusta que el propio Tribunal Supremo calificó de sarcástica en su Sentencia del 12 de enero de 1923. Además, el demandante alegaba la infracción del artículo 1.170 del Código civil, en cuanto dispone que no siendo posible pagar en la especie pactada se pague en la moneda de oro y plata que tenga curso legal en España, según también lo declaró la citada Sentencia del 12 de enero de 1923, y al no ordenarlo así el fallo recurrido, estimando que la Compañía cumple sustituyendo la moneda metálica con billetes de banco no convertibles en moneda, incide en la infracción indicada.

Ante tales pretensiones, y siendo ponente el magistrado don Fulgencio de la Vega, el Tribunal Supremo pasa a fallar lo siguiente:

«Considerando: que es procedente la agrupación de los motivos primero y séptimo del recurso, tanto por invocarse en ambos las mis-

mas infracciones legales, cuanto por referirse a la interpretación del convenio celebrado por la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces con sus acreedores, homologado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Chamberí el 1 de diciembre de 1906.»

«Considerando: que es doctrina constante y reiterada de esta Sala la de que la función interpretativa de los contratos es facultad de la Sala sentenciadora, a menos que al hacerlo se incurra en evidente error; y como en los dos apartados del motivo primero no se alega en debida forma ese manifiesto error y además en ese motivo y en el séptimo se atribuye al fallo declaraciones que no contiene, porque se limitó a resolver que no había lugar a las pedidas en la demanda bajo los apartados A a K de la súplica y absolver a la Compañía demandada, es preciso concluir afirmando la improcedencia de ambos motivos, pues las declaraciones que se impugnan, como comprendidas acaso en algún Considerando no podrían ser atacadas y combatidas, ya que el recurso se da contra los pronunciamientos de la sentencia y no contra los razonamientos que sirvieron al juzgador para pronunciarla.»

«Considerando: que de igual modo deben ser agrupados los motivos tercero y décimo del recurso por estar encaminados a demostrar la infracción del artículo 1.204 del Código civil y jurisprudencia concordante relativos a que la novación nunca se presume, por cuanto lejos de hacerse en la sentencia declaración alguna en ese sentido, claramente se expresa lo contrario al final del decimosexto Considerando al estimar que las obligaciones Sevilla-Jerez-Cádiz, series gris y amarilla, aunque tengan la fecha de 1 de enero de 1907 no constituyen una emisión nueva, sino que son la reproducción de los títulos anteriores que por su estado de deterioro fue preciso renovar, y, por tanto, aunque se hubiera declarado que existía tal novación nunca podría estimarse, como se asegura en el último motivo del recurso, que una obligación anterior derogue otra posterior, lo cual sería imposible, sino, que en todo caso, que el convenio de 1906 podía haber novado las obligaciones fechadas en 1 de enero de 1907, porque esta fecha se refería sólo a la reproducción de los títulos que fueron canjeados y de fecha anterior a 1906, todo ello según se afirma en el apartado E del capítulo 2.º del convenio, por cuyas razones es preciso desestimar los antedichos motivos.»

«Considerando: que de igual modo debe ser desestimado el motivo cuarto no sólo por las razones consignadas en el primer Considerando de este fallo respecto de la interpretación de los contratos a que se refiere el artículo 1.289 del Código civil, que como infringido se cita, sino también porque la Sentencia de la Sala tercera de este Tribunal Supremo a que se hace referencia, no puede ejercer influencia ni ser eficaz a los efectos de la casación legal ni pude servir de norma para que sus apreciaciones muy respetables sin duda, deban de servir de pauta o guía a las otras Salas que se desenvuelven y aplican el derecho en otro orden distinto del relativo al contencioso administrativo.»

«Considerando: que las infracciones de los artículos 1.753 y 1.170 del Código civil, invocadas en los motivos 5.^o y 6.^o del recurso, aunque constituyen la verdadera esencia de éste y de la cuestión litigiosa, tampoco pueden ser estimados, cuanto al primero, porque si bien es cierto que el prestatario está obligado a devolver al prestamista otro tanto dinero de la misma especie y calidad que de éste recibió, no lo es menos que no se ha acreditado debidamente cuál fue la clase de moneda entregada al recibir las obligaciones suscritas, ni menos si los actuales poseedores de ellas son o no los primitivos suscriptores o las adquirieron en el mercado bursátil y a qué tipo de cotización, y, sobre todo, por qué la obligación de devolver el capital prestado en igual especie que se recibió no se refiere a los intereses cuyo pago pudo ser pactado en especie distinta; y en último término, por qué convenido el pago en francos o en pesetas sin especificar si había de ser en moneda metálica o de papel, el deudor cumple su obligación haciendo el pago en cualquiera de esas clases de moneda, con independencia del mayor o menor precio que tengan en el mercado, pues estimar lo contrario equivaldría a que recayeran exclusivamente sobre el deudor todos los riesgos de la imprevisión de ambos contratantes y que, por lo tanto, no le pueden ser imputados conforme a la más elemental equidad, según en caso análogo se resolvió por este Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de octubre de 1895 y de 27 de octubre de 1868.»

En esta sentencia, el Tribunal Supremo se ciñe a criterios exclusivamente civilistas, comenzando por asimilar un empréstito obligatorio al préstamo y proclamando, además, el *favor debitoris* respecto a las cuestiones de cumplimiento y pago. Se dejan al margen, pues, los aspectos mercantiles propios de la emisión de obligaciones y fundamentalmente los correspondientes a las cláusulas de opción de cambio y opción de plaza establecidas en las escrituras de emisión y reflejadas en los propios títulos.

Por lo tanto, merecen un atento examen las cuestiones referentes a la depreciación monetaria, el nominalismo y los efectos en los pagos, el derecho de opción de los acreedores u obligacionistas y una interpretación de las normas del derecho vigente respecto a la problemática que presentan estas modalidades de emisión de títulos obligatorios.

4. *La depreciación de las monedas como motivo del conflicto de intereses.*

De los hechos transcritos por ambas sentencias se advierte que el conflicto fundamental entre las partes fue motivado por las alteraciones producidas en los cambios de las monedas pactadas que habían de ser objeto de elección para el pago: al resultar una de ellas depreciada, con menor poder adquisitivo que la otra, el poder de decisión sobre cuál había de ser elegida para el pago era una cuestión de vital importancia para ambas partes.

Cuando se hace un lanzamiento simultáneo de un empréstito obligatorio, cuyos títulos pueden ser suscritos en diferentes monedas y en diferentes plazas, en principio, suele establecerse un paridad de cotización (500 pesetas o 500 francos cada obligación, como en el caso de la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca) o bien se sobreentiende (cuando se opta libremente a cobrar los cupones «en Madrid en pesetas o en París en francos», como en el caso de la Compañía de Ferrocarriles Andaluces), pero que con el paso del tiempo, y al producirse la depreciación de una de las monedas optables, marca una diferencia estimable en el poder adquisitivo de ambas, siendo más favorable o perjudicial al acreedor o al deudor el recibir o pagar en una de dichas monedas.

Efectivamente, en los dos casos de autos contemplados por el Tribunal Supremo, las oscilaciones en los cambios entre la peseta española y el franco francés dieron lugar al conflicto entre las partes.

Si bien en la primera sentencia, del 28 de octubre de 1895, el conflicto básico fue planteado por un accionista (la Diputación Provincial de Salamanca, poseedora de 500 acciones de la Compañía de Ferrocarriles de Medina del Campo a Salamanca), al pretender fundamentalmente la nulidad del contrato de cesión o traspaso que la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca hacía a la Compañía de los Ferrocarriles del Norte de España, considerando que se extralimitaba en sus facultades (enajenación por precio alzado del total haber social), así como por la falta de certeza en el precio, al poderlo realizar en francos o en pesetas, no se dejaba también de tener en cuenta por dicho accionista que el abono de 15 pesetas o francos anuales como intereses de cada una de las 30.000 obligaciones, y en el pago de 500 pesetas o francos por vía de amortización eran «cantidades que se habían de satisfacer en Madrid, Barcelona, y París, sin que pudiera ocultarse, atendidas las diferentes oscilaciones de los cambios, que 15 ó 500 francos no equivalían a 15 ó 500 pesetas, y que había gran diferencia entre pagar en París o en Madrid y Barcelona».

De manera más directa se plantea la cuestión del pago de los intereses de las obligaciones en el segundo caso que se presenta ante el Tribunal Supremo, en la sentencia del 23 de abril de 1929, en cuyo caso juega un papel fundamental el efecto producido por la depreciación de la peseta en el año 1896. Entonces, la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces pretende pagar exclusivamente en pesetas los cupones de sus obligaciones con objeto de evadirse de las consecuencias onerosas que implicaba tal depreciación de la peseta en relación con el franco francés. Como ello supusiera negar un derecho preferente de los obligacionistas de una manera abierta y contraproducente, la sociedad trama su objetivo final a base de celebrar con los obligacionistas un *modus vivendi* y, más tarde, un convenio, por los cuales, los cupones pagaderos en francos serían abonados en pesetas, si bien entregando al tenedor vales representativos de la diferencia entre el im-

porte líquido del cupón en francos y su contravalor en pesetas efectivamente pagadas, o por pagar, además de un canje de títulos con nuevas condiciones para la amortización. Fórmula conocida por toda sociedad con graves problemas de liquidez o en quiebra latente ante la marcha irregular de sus negocios.

Que la sociedad estaba decidida a sacar ventajas de las oscilaciones monetarias se comprueba años más tarde, en 1924, al ocurrir una situación distinta de la anterior, al sobrevenir ahora la baja del franco francés en relación con la peseta. Entonces un obligacionista (el demandante en autos) trata de que los pagos en francos lo sean en francos-oro, al haber descendido los francos papel una quinta parte de su valor, mientras que la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces entiende que serán en francos papel o de curso legal, cuestión fundamental que será la llevada a debate ante el Tribunal Supremo.

Después de la primera guerra mundial —observa Nussbaum (11)— los acreedores se acogían y optaban por las monedas fuertes, si bien los deudores mostraban la tendencia opuesta. Sin embargo, los tribunales —añade— fueron más o menos unánimes en sus conclusiones respecto a los empréstitos con opción de cambio y con opción de plaza. Mientras las sociedades pretendían que la relación monetaria contenida en los títulos obligatorios era solamente a título informativo (como en el caso de los cupones de la Compañía de ferrocarriles austriaca) (12), los tribunales amparaban y defendían la opción de los acreedores, rechazando el favor de dicha opción para las sociedades deudoras, sin que se permitiese discriminar a los tenedores.

Si bien las emisiones de obligaciones con opción de cambio y con opción de plaza se idearon en un principio como modalidades que hicieran atractiva la suscripción a los acreedores por la comodidad que les ofrecía de poder optar para el cobro de sus intereses y amortizaciones en la moneda y en la plaza que mejor les conviniese —normalmente la de residencia—, al ocurrir las fuertes oscilaciones monetarias y resultar que una o varias de las monedas de pago tenían un mayor o menor valor en cambio respecto de la otra u otras, con la consiguiente diferencia en su poder adquisitivo, se cambiaron sus tornas en el sentido de que dichas opciones, en definitiva, venían a garantizar los intereses de los acreedores contra la depreciación de la moneda, incluso por lo que respectaba a la serie emitida en el mercado interior (13).

De aquí que la mayor parte de los autores que han tratado posteriormente estas cláusulas de opción de cambio y de opción de plaza acentúe esta faceta y lleguen a decir, como hace Ascarelli (14), que el

(11) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. argentina de Schoo. Buenos Aires, 1954, p. 539.

(12) NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, cit. p. 255.

(13) Cfr. *Comment garantir les emprunts intérieures contre la dépréciation de la monnaie*, en *Revue Politique et Parlamentaire*, 134 (1925), pp. 30 y ss.

(14) ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit. p. 227; ROZIS, *L'exécution des obligations et les variations de valeur de la monnaie (La monnaie de paiement)*.

acreedor, dada la elección concedida, prácticamente puede limitar el propio riesgo —y ésta es la razón práctica de la cláusula— cuando se alteren los poderes adquisitivos de la moneda.

5. *La opción como un derecho de elección a voluntad de los acreedores.*

La posibilidad de elección por parte de los acreedores de la moneda de pago o de la plaza en que podía hacerse efectivo su crédito (intereses y amortizaciones) condujo a la doctrina a examinar la naturaleza jurídica de las cláusulas en que se había constatado dicha opción, concretamente en las escrituras de lanzamiento de un empréstito obligatorio, así como su constancia en los propios títulos.

El haberse previsto que se pagaría en diversas monedas y en distintas plazas —en pesetas o francos, en Madrid o en París—, tal como fue el caso de las sentencias del Tribunal Supremo de 1895 y 1929, plantea entre los autores la cuestión de si se trata de una obligación alternativa o existe tan sólo una obligación pura y simple, al tener un objeto único, si bien con diferentes modalidades de ejecución. El decidirse por una u otra naturaleza lleva consigo una finalidad práctica del mayor interés, puesto que si se trata de una obligación alternativa la elección corresponderá al deudor, a menos que expresamente dicha facultad se le hubiese concedido al acreedor (art. 1.132 del Código civil) (15).

Schoo (16), que recoge una serie de razones de los autores que discuten la cuestión, termina por concluir que «si bien es fácil concebir la importancia que puede tener el sentado principio cuando se aplica a los títulos estatales o de grandes sociedades que los inversores han adquirido pagándolas con buena moneda, y que las colectividades deudoras buscan siempre cancelar aprovechando eventuales alteraciones monetarias, encontramos que razones jurídicas y no circunstanciales de hecho, deben llevarnos a concluir que la cláusula de opción de cambio importa una obligación pura y simple».

A mi entender, tanto este autor como los que siguen esta tendencia, se dejaban impresionar de la primacía que la tradición romanista otorgaba al deudor —o principio del *favor debitoris*—, sin advertir que por el hecho mismo de haberse constatado las cláusulas de opción en la escritura constitutiva del empréstito la elección alternativa ya se decide, y expresamente, a favor de los tenedores de los títulos o acreedores; la excepción resulta patente en virtud de la propia disposición

París, 1925, p. 65; PENCULESCO, *Effets des fluctuations du change sur la constitution et le fonctionnement des sociétés*, en *Journal des sociétés* (1937), p. 97.

(15) Igualmente que el español, así lo disponen el Código civil francés (artículo 1.190), el italiano de 1864 (art. 1.178). El Código de las obligaciones suizo (artículo 72) no exige que la estipulación sea expresa. El Código civil alemán (§ 262) establece que, en caso de duda, la elección pertenece al deudor, si bien por convenio expreso de las partes puede efectuarla el acreedor. Cfr. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*. París, 1967; CESARO, *Il contratto e l'opzione*. Napoli, 1970.

(16) SCHOO, op. cit., p. 627.

de las partes, y, por lo tanto, de acuerdo con el propio ordenamiento tradicional.

Un argumento más nos lo ofrece Salandra (17), cuando hace ver que la unidad del empréstito obligatorio no se contradice por las cláusulas de opción, puesto que quedan inscritas en cada uno de los títulos del mismo modo y en todos ellos, y cualquier portador puede servirse de la alternativa ofrecida, enviando los títulos para su pago al país de la moneda que prefiere.

Además, hay que considerar con Caputo (18) que, aquello que puede parecer un daño injustificado para el emisor, al tener que pagar los intereses y reembolsar el capital en la moneda más apreciada, constituye, precisamente, la causa del pacto: en realidad, tampoco se produce un enriquecimiento injusto por parte de quienes habiendo adquirido los títulos con una moneda depreciada se presentan en un país donde existe en curso una moneda fuerte o revalorada. En definitiva, debemos concluir con este autor, que los títulos vienen cotizados unitariamente en base a la moneda más apreciada que ellos contienen; su valor varía de un país a otro sólo por razón de los gastos de la comisión bancaria debida para su efectividad y de los obstáculos puestos a la exportación de la moneda en el país a donde los títulos deben ser enviados para su pago más remuneratorio.

La cuestión puede presentarse dudosa a juicio de Mann (19), cuando las cláusulas de opción no están claramente planteadas o lo son de un modo complejo. La *facultas alternativa*, que el derecho continental europeo atribuye al deudor, en principio, puede venir aplicada tal como en algún caso ha sucedido, por lo que este autor concluye que en cada caso se trata siempre de una cuestión interpretativa y que es peligroso adoptar una posición dogmática.

Según Ascarelli (20), en caso de duda, la interpretación negocial deberá hacerse según los criterios vigentes en el ordenamiento que disciplina la relación. A pesar de la pluralidad de países en que vienen colocados los títulos, se debe tener como ley única que disciplina la relación, por regla general (21), aquella del lugar de la creación de los títulos. Mientras que Schnitzer (22) concede peculiar relieve a la sede de la empresa deudora, o bien para la determinación de la *lex obligationis* en el mundo mercantil a la prevalencia de la ley del país del

(17) SALANDRA, *Prestito obbligazionario pagabile in diverse valuta*, en *Il Foro italiano* (1937), p. 1657.

(18) CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*. Milano, 1939, p. 105.

(19) MANN, *The legal aspect of money*, 2.^a ed. Oxford, 1953, pp. 179 y ss., y *Das Rechts des Geldes*, cit. p. 164.

(20) ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit. p. 229.

(21) ASCARELLI, *op. cit.*, p. 232, excepciona cuando la voluntad es expresada en los títulos constitutivos. RABEL, *Conflict of Laws. A Comparative Study*. Chicago, 1945-1950, t. III, pp 8 y 45, critica la tendencia de aplicar la ley del lugar elegido por el acreedor para el pago. También VAN HECKE, *Problemes juridiques des emprunts internationaux*, p. 270.

(22) SCHNITZER, *Handbuch des Handels-, Wechsel und Checkrechts*. Zürich y Leipzig, 1938, pp. 292 y 295.

mutuante, Ascarelli (23) concluye que, en realidad, la *lex obligationis* debe ser determinada en base a las normas de conflicto (de la *lex fori*, allí donde se tome como base), fijando según ella los criterios interpretativos en cuanto permitan la reconstrucción de la voluntad de las partes en armonía con la función del negocio, según la consideración y con criterio prevalente respecto a los intereses del acreedor.

Las sociedades deudoras no dudaron en invocar a su favor el principio universal del *favor debitoris* para la elección de la prestación en las obligaciones alternativas, argumento que, según hace ver Nussbaum (24), fue rechazado por los tribunales al reconocer que el propósito de las cláusulas de opción de cambio era ofrecer facilidades apropiadas a los eventuales adquirentes de títulos (25). Es que, como acertadamente expone este autor (26), el deudor se halla jurídicamente obligado a procurar la suma de que se trate al tenedor del título, en la plaza y en la moneda indicada en el instrumento, aun cuando no haya sido establecida una agencia de pago (27). De acuerdo con el derecho local —concluye—, las estipulaciones que nos ocupan podrán ser suficientes para que los tribunales del lugar de pago o de percepción abran la jurisdicción (28).

6. *La posición del Tribunal Supremo en cuanto a las opciones pactadas.*

Las emisiones de obligaciones realizadas por las sociedades españolas, que fueron objeto de sentencia por el Tribunal Supremo, contenían cláusulas de opción de cambio y de opción de plaza. Sin embargo, la cuestión fundamental debatida entre las partes no hacía referencia directa a dichas cláusulas.

En la primera sentencia, del 29 de octubre de 1895, un accionista (la Diputación Provincial de Salamanca) se interesaba más por el aspecto de la nulidad del contrato de cesión realizado por la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca a la Compañía de Ferrocarriles del Norte de España; entre las modalidades de la cesión el accionista se fijaba más en la opción que dice haberse establecido en el contrato de venta, respecto a la cual el Tribunal Supremo la interpretará en el sentido tradicional, «como el derecho concedido al comprador de hacer el pago en distintos lugares y clases de moneda», que «constituye un pacto lícito».

(23) ASCARELLI, op. cit., p. 232.

(24) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit. pp. 540 y 541, y *Teoría jurídica del dinero*, cit. p. 318.

(25) En este sentido, PAES DA SILVA VAZ SERRA, *Obrigações pecuniárias*. Lisboa, 1956, p. 247.

(26) NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, cit. p. 538.

(27) Cfr. Ap. París, 25 noviembre 1926, en *Clunet* (1927), p. 700.

(28) Así ocurrió en los casos sentenciados por el Tribunal Federal Suizo, 4 noviembre 1926, en *Amtliche Sammlung*, 52, III, 165; 19 diciembre 1927, en *Amtliche Sammlung*, 53, III, 196; 28 marzo 1930, en *Amtliche Sammlung*, 56, I, 237; 26 septiembre 1933, en *Amtliche Sammlung*, 59, II, 355. Tribunal Superior de Zürich, 12 febrero 1941, en *Schweizerische Juristenzeitung*, XXXVII (1939), p. 350. Por su parte, el Tribunal civil de Amberes, 5 enero 1935, en *Bulletin de l'Institut Juridique International*, XXXII (1935), p. 93.

En la sentencia del 23 de abril de 1929, el obligacionista, que reclamaba el pago de los intereses de sus títulos, se concretaba a exigir su pago en francos-oro. El Tribunal Supremo, acogiéndose exclusivamente a los preceptos del mutuo civil y a un criterio nominalista, establece que «el prestatario está obligado a devolver al prestamista otro tanto de dinero de la misma especie y calidad que de éste recibió, no lo es menos que no se ha acreditado debidamente cuál fue la clase de moneda entregada el recibir las obligaciones suscritas» y «en último término, porque convenido el pago en francos o en pesetas, el deudor cumple su obligación haciendo el pago en cualquiera de esas clases de moneda».

La sentencia del 25 de octubre de 1895, a pesar de no llegar a abordar las cuestiones concretas que planteaba la emisión de obligaciones hecha por la Compañía del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca, en sus fundamentos de hecho queda claro que la modalidad de opción de cambio y de opción de plaza se había estatuido formalmente. Ahora bien, al surgir la cuestión entre un accionista, la Diputación Provincial de Salamanca (poseedora de 500 acciones) y la citada sociedad, respecto a la cesión y traspaso a la Compañía de los Ferrocarriles del Norte de España de todos los inmuebles, material y derechos que correspondían a la anterior, obligándose la del Norte a pagar los intereses y amortización de 30.000 obligaciones de las 38.000 que tenía emitidas la sociedad de Medina del Campo a Salamanca, en las cuales 30.000 obligaciones la compañía cesionaria estamparía un cajetín con la promesa de pago (15 pesetas o francos de interés anuales por cada una de las obligaciones y 500 pesetas o francos de amortización por cada título, a partir desde el primer vencimiento siguiente al día en que tomase posesión de la línea enajenada), lo que le preocupa al accionista era conseguir la nulidad de dicha cesión, por lo que trata de impugnarla a base de decir que no consintieron todos los accionistas, que tan contrato implicaba la disolución de la sociedad y, sobre todo, que con arreglo a las normas civiles en dicho contrato de venta no medió precio cierto, dejándose al arbitrio del deudor o comprador del camino de hierro vendido el pagar en francos o pesetas, bien fuese en París o en Madrid y Barcelona.

El mencionado accionista había seguido un camino exclusivo para sus pretensiones sin reparar en la maniobra del grupo dirigente francés de la sociedad que indirectamente entraba al reparto de las 27.250 obligaciones cedidas a los cointeresados acreedores franceses por préstamos anteriores (de 1.000.000 de francos a favor del «Comptoir d'Escomptes de Paris»), mientras que la Diputación de Salamanca tenía que perder sus contribuciones de capital como consecuencia del mal estado financiero de la sociedad, que se declaraba en suspensión de pagos.

Planteadas así las cuestiones, el Tribunal Supremo no podía declarar la invalidez de un contrato aceptado por la mayoría en la Junta general de accionistas, ni aceptar la tesis de una disolución de la socie-

dad dedicada a obras públicas. Si la Diputación de Salamanca, como accionista, no plantea bien su defensa, el Tribunal Supremo tenía que declarar conforme a derecho tanto la venta como la cesión y traspaso que formalmente habían sido correctos.

El actor también planteaba mal la cuestión referente al precio del contrato de venta; en realidad, el precio de la cesión venía compuesto tan sólo por el volumen total de deudas de la sociedad en suspensión de pagos. La Compañía de Ferrocarriles del Norte de España, por la cesión y traspaso que se le hacía de «todos los inmuebles, material y derechos que le correspondían», se obligaba únicamente a pagar los intereses y amortización de 30.000 obligaciones. Por lo tanto, no se dejaba (como pretendía el actor) «al arbitrio del deudor o comprador del camino vendido pagar en francos o pesetas, bien fuese en París o en Madrid y Barcelona». La Compañía de los Ferrocarriles del Norte de España, en realidad, había hecho una asunción de la deuda que tenía la Sociedad del Ferrocarril de Medina del Campo a Salamanca. Dicha asunción de deuda mantenía las mismas modalidades, requisitos y prescripciones que las estipuladas para la emisión de los títulos obligatorios (la opción de cambio y la opción de plaza para el cobro de sus títulos), con la única condición de estampar un cajetín en dichos títulos con la promesa de pago, reteniendo tan sólo 2.750 obligaciones la Compañía de Medina del Campo a Salamanca y repartiendo las restantes 27.250 obligaciones entre sus acreedores, que la declaraban libre de todos sus compromisos.

Por lo tanto, no se trataba de conceder al comprador un derecho a hacer el pago en distintos lugares y clases de moneda, tal como planteaba el actor, y sentenció el Tribunal Supremo erróneamente en su último considerando (28 bis). El «pago», que como resultado de la cesión o traspaso la Compañía de Ferrocarriles del Norte de España debía hacer a los acreedores, lo era por la cuantía de los intereses de los títulos obligatorios y de su amortización; ningún otro pago debería hacer la citada Compañía; y, la opción a recibir moneda española o francesa y a que se hiciese en Madrid, Barcelona o París, no correspondía al comprador (Compañía de los Ferrocarriles del Norte de España), sino a los poseedores de los títulos obligatorios, quienes, a su conveniencia, podían ponerlos al cobro en una u otra plaza y en la moneda que mejor les conviniese.

En realidad, los efectos prácticos de la Sentencia del 29 de octubre de 1895 fueron idénticos, a pesar de las consideraciones específicas expuestas, al reconocer el Tribunal Supremo la licitud del pacto de hacer pagos en distintos lugares y clases de moneda «francos o pesetas»; al no tomar en cuenta la depreciación de una u otra moneda (por no «afectarle el valor mayor o menor que dichas especies tengan

(28 bis) Los profesores CASTÁN y BONET RAMÓN también lo entendieron así, pareciéndoles acertada la tendencia que inicia el Tribunal Supremo con el fin de liberar al deudor de los riesgos de la imprevisión en que incurrieron ambos contratantes, cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XVIII (1931), p. 305.

en la época de su entrega») y al considerar que por ser un riesgo que al «ser conocido de los contratantes, uno y otro lo corren por igual, como derivado de las oscilaciones propias del mercado».

7. *La actitud del Tribunal Supremo en cuanto a la depreciación de las monedas.*

La Sentencia del 23 de abril de 1929 también se restringe al *petito* del actor. En este caso se trataba de un obligacionista de la sociedad demandada (la Compañía de los Ferrocarriles Andaluces, S. A. española), el cual, después de haber optado por el pago de los intereses de sus títulos obligatorios en francos franceses, exigía le fuesen pagados en francos-oro y no en francos-papel.

El acreedor obligacionista alegaba, concretamente, la infracción del artículo 1.289 del Código civil en cuanto dispone que, si el contrato fuese oneroso, la deuda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses; alegaba, además, que al pagar la Compañía en francos-papel (cuyo valor había disminuido a su quinta parte desde que se hizo el préstamo) no era buscar la mayor reciprocidad de intereses, sino alejarse todo lo posible de esa reciprocidad, dando una ventaja enorme a la Compañía para el pago de su deuda, ventaja que sería lícita si no tuviera como contrapartida la lesión equivalente que, con mengua de esa reciprocidad, se infiere a los acreedores, cayendo en una solución evidentemente injusta, tal como el Tribunal Supremo se ocupó en la Sentencia del 12 de enero de 1923 (29).

Parece indudable que el precedente establecido por esta sentencia indujo al acreedor obligacionista a tomar en cuenta la depreciación de una moneda: allí se planteaba el caso de un pago en marcos alemanes que el deudor pretendía hacerlo en marcos-papel y que el Tribunal Supremo le obliga a hacerlo en marcos-oro o por su equivalencia en pesetas.

A pesar de la situación análoga de depreciación de monedas extranjeras, el Tribunal Supremo adopta distinto criterio para sus decisiones. Mientras en el caso de un pago en marcos toma en cuenta su depreciación, por el hecho de estarlo completamente hasta un límite extremo (además se trataba de un pago al Estado español), eran «signos que carecían de estimación o que la tienen ínfima en el mercado internacional», manteniendo, por tanto, un criterio valorista y rechazando el nominalista («ahora —decía— esos billetes no representan existencias metálicas, iguales a su valor nominal y, de consiguiente, no son de rigor, la especie pactada en dichos contratos, por lo que se hace preciso sustituirla por moneda de oro o plata, que tenga curso legal en España»), por el contrario, en el caso de un pago en francos franceses (a un acreedor particular español) se atiene al criterio nominalista más puro —a pesar de no mencionarlo—, implícitamente contenido en la afirmación de que «el deudor cumple su obligación haciendo el pago

(29) ALCUBILLA, *Apéndice* del año 1924, p. 619. También, *Gaceta de Madrid* del 3 y 5 de junio de 1923, pp. 16 a 22.

en cualquiera de esas clases de moneda (francos o pesetas), con independencia del mayor o menor precio que tengan en el mercado».

En definitiva, para el Tribunal Supremo —en esta primera etapa del siglo XX, y también después (30)— el fenómeno de la depreciación de la moneda (nacional o extranjera) es una cuestión de hecho que queda sujeta su consideración o arbitrio del juzgador.

A pesar de que en ambos casos la imprevisión de las partes respecto a la especificación del pago (en moneda metálica o de papel) era semejante, el Tribunal Supremo no duda, por un lado, en distinguir y tomar en cuenta la depreciación del marco alemán, al ser «ínfimo» o «carente de estimación», mientras que no le da trascendencia a la depreciación, en su quinta parte de valor, al franco francés, anteponiendo unos criterios materiales de justificación, como el que «no se ha acreditado debidamente cuál fue la clase de moneda entregada al recibir las obligaciones suscritas», o ya personales, como de saber «si los actuales poseedores de ellas son o no los primitivos suscriptores», decidiéndose por el *favor debitoris*, al sostener que «estimar lo contrario equivaldría a que recayeran exclusivamente sobre el deudor todos los riesgos de la imprevisión de ambos contratantes, y por lo tanto no le pueden ser imputados conforme a la más elemental equidad, según en caso análogo se resolvió por este Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de octubre de 1895 y 27 de octubre de 1868».

8. La asimilación del contrato de emisión de obligaciones al de préstamo: la postura actual.

Por último, otra cuestión que tiene interés es la postura que adopta el Tribunal Supremo al asimilar el negocio de emisión de obligaciones con el de un préstamo simple o mutuo.

La Sentencia del 23 de abril de 1929 concretamente se refiere a «que el prestatario está obligado a devolver al prestamista otro tanto dinero de la misma especie y calidad que de éste recibió» y que «la obligación de devolver el capital prestado en igual especie que se recibió no se refiere a los intereses cuyo pago pudo ser pactado en especie distinta», pues «no se ha acreditado debidamente cuál fue la clase de moneda entregada al recibir las obligaciones suscritas».

La identificación del negocio de emisión de obligaciones con el préstamo es una postura ya clásica en nuestra doctrina (31), al en-

(30) SS. 4 julio 1944, 27 febrero 1945, 15 junio 1946, 29 abril 1946, 23 noviembre 1946, 22 marzo 1947, 28 junio 1948, 4 enero 1951, 3 octubre 1955, 11 marzo 1957, 19 diciembre 1959, 31 octubre 1960, 22 noviembre 1966, 27 mayo 1967, cuya causa principal es la depreciación de la moneda española.

(31) Cfr. CLARET y MARTÍ, *Sociedades anónimas*. Barcelona, 1944, p. 151; VICENTE y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, II (Zaragoza, 1945), página 93; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I-2 (Madrid, 1947), pp. 793 y 883; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, I (Madrid, 1950), p. 562; ARRILLAGA, *Emisión de obligaciones y protección de los obligacionistas, según la Ley de sociedades anónimas y la legislación extranjera*. Madrid, 1952, pp. 12 y ss.; VELASCO ALONSO, *Naturaleza económica y jurídica de la operación de conversión de*

tender que el obligacionista es el mutuante, que entrega el dinero, y la sociedad emisora el mutuario, que se obliga a pagar un interés y devolver el capital.

Sin embargo, por una notoria influencia de la doctrina italiana (32), tanto nuestros autores (33) como la propia legislación vigente (34) tienden actualmente a configurar la operación de emisión de obligaciones como un contrato *sui generis*, independiente y con peculiaridades propias. Se entiende con Ascarelli (35) que la causa de la obligación no reside en un desembolso a título de mutuo, hecho a la sociedad emisora, sino en la obligación que incumbe a la misma de pagar sus propias deudas según su diversa causa; la emisión de obligaciones constituye un negocio abstracto, en el que no pueden identificarse ni un mutuo ni una compraventa; la causa de la emisión será diversa en los distintos casos (mutuo, garantía, pago, etc.), aunque la más frecuente sea el mutuo y sea ese contrato al que se deba de recurrir para regular la disciplina jurídica de la emisión.

En definitiva, los títulos que se reconocan u obligaciones que se creen por la sociedad llevan consigo un crédito dinerario a favor del tenedor frente a dicha sociedad que resulta deudora, y a quien corresponde, en definitiva, pagar la deuda contraída por esta modalidad. Con esta amplitud lo ha entendido nuestra «Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas» del 17 de julio de 1951, en su artículo 111, párrafo primero, al disponer que «la sociedad podrá emitir, en serie impresa o numerada, obligaciones u otros títulos que reconozcan o creen una deuda». Es, pues, una deuda de dinero la que, en conclusión tiene la sociedad respecto a los tenedores de sus títulos, por lo que son de aplicación las normas generales dispuestas para el cumplimiento de las obligaciones monetarias, o de pago de las deudas de dinero (art. 1.170 del Código civil), así como las normas específicas referentes a los préstamos mercantiles (art. 312 del Código de Comercio) (36).

obligaciones en acciones, en *Revista de Derecho mercantil*, 44 (1953), p. 265; VERDERA, *La emisión de títulos en la nueva ley española de sociedades anónimas*, en *Annuario di diritto comparato e studi legislativi* (1954), pp. 29 y ss.

(32) Cfr. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *La financiación de empresas mediante tipos especiales de obligaciones*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1968, pp. 17 y ss.

(33) Cfr. URIA, *La emisión de obligaciones en la nueva Ley de sociedades anónimas*, en conferencia dada en el Colegio Notarial de Barcelona el 28 de abril de 1952, publicada en *Sociedades anónimas*. Barcelona, 1953, y en *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, II (Madrid, 1953), p. 461.

(34) Artículos 113 y 117 de la Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (17 julio 1951), que configuran la operación como «contrato de emisión».

(35) ASCARELLI, *L'astrattezza nei titoli di credito*, en *Rivista del Diritto mercantile*, I (1932), pp. 418 y ss.

(36) Acerca de una interpretación del principio nominalista cfr. GARRIGUES, *Contratos bancarios*. Madrid, 1958, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), p. 341; BONET CORREA, *El dinero como bien jurídico*, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán*, IV (Pamplona, 1969), pp. 87 y ss.

Cuando la emisión de obligaciones se ha realizado con una «opción de cambio» en cuanto al pago de sus intereses y de su amortización, no cabe duda que se hace un pacto en especies monetarias (francos, dólares, libras, marcos, etc.). Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo, tanto en la Sentencia del 25 de octubre de 1895 como en la del 23 de abril de 1929. Refiriéndose la primera al «pago en distintos lugares y clases de moneda», decía que constituye un pacto lícito, aludiendo también al «número y clase de las especies monetarias, francos o pesetas, en que debe hacer el pago». Por su parte, la Sentencia de 1929 igualmente constata cómo «la obligación de devolver el capital prestado en igual especie que se recibió no se refiere a los intereses cuyo pago pudo ser pactado en especie distinta» (en francos o pesetas).

La interpretación de lo que implica la «especie pactada», en el párrafo primero del artículo 1.170 del Código civil, entendiéndola como implicativa de las monedas extranjeras, es unánime por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la actualidad (SS. 31 mayo 1954, 9 noviembre 1957, 6 abril 1963), así como por nuestra doctrina (37).

9. La posibilidad de emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza» en la legislación vigente.

Una última cuestión, que actualmente no puede menos dejar de plantearse, es la de la posibilidad que tienen las sociedades anónimas españolas de emitir obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza» en conformidad con el régimen positivo vigente.

Dado que la emisión de obligaciones con opción de cambio y con opción de plaza implica la posibilidad de pago no sólo en moneda nacional, sino también en una moneda extranjera, o en varias, con relación a estas últimas se plantean, fundamentalmente, dos problemas: uno de carácter general, derivado de las disposiciones concernientes al control de cambios y a las que regulan las inversiones de capital extranjero en empresas españolas y, otro, de carácter específico, en cuanto a lo dispuesto por la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas acerca de que los títulos deberán contener el importe de la emisión en moneda española.

En cuanto a lo dispuesto por las normas de control de cambios, una sociedad anónima que pretenda recurrir al crédito nacional y ex-

(37) Cfr. GARRIGUES, *El dinero como objeto de la actividad bancaria*, en *Revista de Derecho mercantil*, 67 (1958), pp. 7 y ss., y *Contratos bancarios*, cit. pp. 69 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, cit. pp. 171 y ss.; BONET CORREA, *Los fletes pactados en moneda extranjera*, en *Revista de Derecho mercantil*, 79 (1961), p. 147; PECOURT GARCÍA, *El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XVII-4 (1964), p. 599; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*. Madrid, 1968, p. 83. En contra, con una interpretación restringida en cuanto a la «especie pactada», con el solo alcance a las piezas metálicas nacionales, cfr. DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (Madrid, 1966), p. 435.

tranjero, mediante la inclusión en su títulos obligatorios de opciones de cambio y plaza, resulta indudable que ha de contar con una autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera y de la Dirección General de Financiación Exterior. Al venirle atribuida a este organismo la centralización de todas cuantas operaciones se realicen en divisas (Decreto del 24 noviembre 1939), específicamente se le otorga el poder para autorizar la obtención de créditos en divisas (art. 5, letra O, de dicho Decreto).

Resulta claro que cuando una sociedad anónima recurra al lanzamiento de obligaciones con opción de cambio o plaza, sus propósitos sean acudir y obtener créditos en otros países, puesto que si su emisión lo fuera únicamente de cara al mercado interior o nacional aparecería claro que su objetivo era tan sólo utilizarlas como cláusulas de estabilización. Ahora bien, en una política de control de cambios, en la que el ahorro de divisas y su empleo está seleccionado para pagos sustanciales, siempre resultaría problemático que se obtuviera una autorización previa y posterior para la obtención de divisas y para sus pagos, aunque en último término resultasen un índice de valor para su conversión a pesetas. De aquí que a partir de la imposición del régimen de control de cambios esta modalidad de cláusulas de opción de cambio y plaza no se haya usado en España.

Ahora bien, una vez que nuestro régimen de control de cambios se ha ido haciendo más flexible y que nuestras sociedades anónimas tienen un progresivo interés en acudir al ahorro internacional, la emisión de obligaciones con opción de cambio y plaza puede volver a ser un estímulo para los suscriptores de otros países. La propia legislación de control prevé de un modo general que se pueda acudir al crédito extranjero, mientras que en la mercantil, y especialmente en la del régimen jurídico de las sociedades anónimas, aparece totalmente desdibujada e ignorada. El supuesto concreto de una sociedad anónima española, cuyo capital y componentes sean puramente españoles, parece haberse escapado al legislador español en su problemática y casuística que pudieran ser establecidas cláusulas con opción de cambio y con opción de plaza en el caso de que lanzase sus obligaciones y pretendiera conceder por esta modalidad un incentivo para el ahorro internacional.

En cambio, la previsión parece considerada en la legislación referente a las empresas españolas que cuenten con participación de capital extranjero. El Decreto del 24 de diciembre de 1959, artículo 2.^º, toma en cuenta que «las empresas españolas con participación de capital extranjero podrán recurrir al crédito nacional y extranjero a medio y a largo plazo, mediante emisión o no de obligaciones». Lo que no se dice es si tales emisiones podrán ser hechas con opciones de cambio y plazo. El legislador parece tan sólo preocupado por la cuestión de límites a establecer para la utilización del ahorro español por aquellas sociedades que si bien, formalmente, son españolas, sustancialmente pueden estar dominadas por intereses extranjeros a tra-

vés de su participación inicial o posterior. De aquí que el citado Decreto del 24 de diciembre de 1959 (art. 2.^º) distingue si la participación extranjera en la empresa española no excede del 25 por 100, en cuyo caso podrá recurrir al crédito nacional sin limitación alguna, o, que excede de dicho tanto por ciento, en cuyo caso la empresa tan sólo podrá concertar créditos en el interior hasta el 50 por 100 de su capital. «La utilización del crédito nacional en porcentaje superior —concluirá el citado artículo 2.^º— podrá ser condicionada por los Ministerios de Hacienda y Comercio a la simultánea obtención de créditos en el extranjero».

A pesar de que nada se prevé acerca de las opciones de cambio y plaza, si es patente la posibilidad de que una sociedad anónima española —con o sin participación de capital extranjero— pueda «recurrir al crédito extranjero», es decir, a que sus títulos obligatorios se suscriban en el extranjero. Es lógico, y equitativo, que la sociedad pueda conceder paccionadamente ciertos atractivos y comodidades para el suscriptor, como son las opciones, máxime si estas son de carácter conmutativo.

En definitiva, si todo ha de depender de una autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, ello quiere decir que, en principio, tales opciones son lícitas y valederas legalmente. Efectivamente, la Orden del 16 de septiembre de 1960 establece los impuestos sobre sociedades que emitan y negocien valores cuyas bases impositivas lo sean en moneda extranjera, lo cual viene a resultar una previsión implícita del caso de obligaciones con opción de cambio y con opción de plaza; lo mismo se deduce del Decreto-Ley del 19 de octubre de 1961, al regular las bonificaciones tributarias sobre los empréstitos en empresas españolas y para los préstamos procedentes del extranjero.

El segundo problema que pudiera plantearse se deriva del régimen específico adoptado por la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto se dispone preceptivamente que el importe de la emisión ha de ser expresado en moneda española (art. 112, núm. 4). A mi juicio, tal forma no tiene un carácter limitativo, sino simplemente necesario. Es imprescindible que el importe de la emisión venga expresado en moneda española, si bien no excluya que, cumplido tal requisito, además se mencione su equivalente en otras monedas extranjeras, así como tampoco restringe expresamente el lugar o lugares donde la sociedad haya de pagar, bastando que constate cuál ha de ser (art. 112, núm. 2), por lo que bien puede ser, además del de su domicilio, el de otra plaza extranjera.

Ahora bien, la necesidad de que el importe de la emisión obligatoria sea expresado en pesetas no obedece más que a una preocupación de ulteriores consecuencias ejecutivas frente a los acreedores (fusión, liquidación, extinción, concurso o quiebra de la sociedad), al igual que ocurre con la garantía hipotecaria (38), a fin de que dichos

(38) Artículo 219 del Reglamento Hipotecario. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 15 de febrero de 1926, tam-

acreedores cuenten con la fijeza nominal del patrimonio del deudor. Es claro que el legislador, al exigir la necesidad de una expresión del importe de la emisión en moneda española, no ha excluido la adición del equivalente de dicho importe en otras monedas que no sean aquélla. El carácter dispositivo de la norma lo es respecto a la necesidad de un aspecto concreto, en cuanto al importe o total de la emisión, que debe ser en «moneda española», pero no en cuanto a las demás posibilidades o «ventajas» (art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas) del contenido de la emisión obligatoria como sería la de que pueda ser conjuntamente establecida una paridad de cotización en moneda extranjera cuando —al igual que para el capital acciones (art. 31 Ley Sociedades Anónimas)—, por lo demás, pueda tratarse de un elemento en función de la finalidad internacional de la empresa.

No se debe de olvidar que el margen dejado a la autonomía de la voluntad de las partes por la propia Ley del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas tiene cierta amplitud tanto por lo que a las condiciones de cada emisión se refiere, cuando no hayan sido reguladas por la ley, sometiéndose a las cláusulas contenidas en los estatutos sociales (art. 112 Ley Sociedades Anónimas), como a que «las disposiciones de este capítulo se entienden sin perjuicio de lo establecido en las leyes que hayan autorizado una emisión» (art. 132 Ley Sociedades Anónimas).

Evidentemente, la Ley no ha tratado explícitamente el caso de la emisión de obligaciones en moneda extranjera, concretando tan sólo el requisito necesario de que el importe de la emisión lo sea en moneda española, por lo que no puede considerarse exclusivo, ni excluyente, si además de haberse cumplido ese requisito se establece una equivalencia o paridad nominal en otras monedas extranjeras, pues, entenderlo de otra manera, se llegaría a la absurda interpretación de que nuestro sistema económico y financiero quedaría al margen de las relaciones internacionales y nuestras sociedades anónimas obligadas a un paso de andadura local.

A mi juicio, no cabe dudar de la licitud y eficacia de las cláusulas contenidas en los estatutos sociales o en las escrituras de emisión que prevean títulos emitidos en monedas extranjeras en paridad con la moneda nacional, o que una ley lo autorice así expresamente.

Otra faceta aún podría presentar motivos de duda, concretamente, en cuanto a la referencia legislativa que hacen los números 5 del artículo 112 y 3 del artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas respecto al «valor nominal» del título y la imposición de una determinada relación entre el capital social y las obligaciones emitidas, ya que el importe total de las emisiones no puede ser superior al capital social desembolsado (art. 111, párrafo primero).

bién manifestó que «las obligaciones aseguradas con hipoteca pueden tener por objeto las más variadas prestaciones o referirse a las más desconocidas divisas..., pero siempre con la condición de que se determine el máximo de responsabilidad hipotecaria en moneda que tenga curso legal en el Reino», cfr. en *Revista de derecho privado*, XIII (1926), p. 267.

Este mismo condicionamiento es previsto por el Derecho positivo italiano (art. 2.410 del Código civil), al que Sena (39) hace referencia y llega a una conclusión negativa en cuanto a sus términos generales, si bien encuentra algunas «brechas» o excepciones, como serían las referentes a los intereses que no necesitan lo sean en moneda italiana, o aquellos casos que exigen una financiación internacional donde, por lo demás, a su juicio (40), el artículo 2.410 del Código civil pierde todo significado frente a la práctica diaria italiana en la que diversas leyes especiales autorizan esta modalidad de emisiones en moneda extranjera.

En el terreno doctrinal, un gran sector interpreta la norma del artículo 2.410, refiriéndose al «precio de emisión» de las obligaciones, o sea, la valoración de la relación capital social y obligaciones emitidas hecha en el momento de la emisión (41), puesto que la cuantía de las obligaciones que pueden ser emitidas en moneda italiana o su paridad en moneda extranjera son valoradas según la relación que guarden con el capital social en el momento de la emisión. Recientemente, vuelven sobre el tema Mignoli (42) y Ferrara (43) para recordar cómo en caso de quiebra de la sociedad las obligaciones se valoran según su precio nominal.

Creo que los argumentos dados por la doctrina italiana, en cuanto a la relación necesaria que debe existir entre capital social y obligaciones emitidas, son válidos para la interpretación de nuestros preceptos positivos, si bien me inclino más por la solución amplia y generosa, según la cual dicha relación no se vulnera si se atiende al momento de la emisión.

En el supuesto de una emisión de obligaciones con opción de cambio y con opción de plaza donde se fija el importe de la emisión y sus títulos en moneda española (arts. 112 y 116 Ley de Sociedades Anónimas), estableciéndose, además, su equivalencia o paridad en otras monedas extranjeras, no sólo se cumple lo preceptuado en la Ley, sino que también se amplían las posibilidades de negociación en el mercado de capitales, puesto que en los casos en que se llegue a un procedimiento ejecutivo es a dicha paridad o valor nominal inicial del importe de la emisión al que se recurre sin que trasciendan los valores

(39) SENA, *Obbligazioni di società e nuove forme di finanziamento internazionale* (*Cenni sulle obbligazioni in moneta estera, en unità di conto europee e sulle obbligazioni indixées*), en *Rivista del Diritto commerciale*, LXIII-3/4 (1965), páginas 139 y ss.

(40) SENA, op. cit., p. 146.

(41) Cfr. HEINITZ, *Ancora in tema di prestito obbligazionario pagabile in diverse valute*, en *Il Foro italiano*, I (1938), p. 395; ANDRIOLI, *Considerazioni di diritto privato sul R. D. L. 27 febbraio 1939, n. 337 che dichiara invalide le clausole monetarie inserite nei prestiti obbligazionari di società italiane*, en *Il Foro italiano*, IV (1939), p. 137; PETTITI, *I titoli obbligazionari delle società per azioni*. Milano, 1964, p. 89.

(42) MIGNOLI, *Il capitale versato ed esistente come limite alla emissione di obbligazioni*, en *Rivista di diritto civile*, II (1961), pp. 503 y 516.

(43) FERRARA, *Il fallimento*. Milano, 1959, pp. 242 y 243.

adquiridos por alteraciones monetarias (tanto de la moneda nacional como extranjera).

Hay que concluir, pues, que las sociedades anónimas españolas están en disposición de poder emitir, como antaño, obligaciones con opción de cambio y con opción de plaza, siempre que quede establecida la equivalencia o paridad del importe de la emisión de las monedas extranjeras que intervengan en moneda española.

Las razones por las que las sociedades anónimas españolas no han acudido en estos últimos años a esta modalidad para la obtención de ahorro en otros países quedan bien patentes por el sistema de control de cambios y, sobre todo, por el persistente y agudo mal de depreciación de nuestra peseta, que si bien es favorable para los empresarios-deudores cuando lo son únicamente de moneda nacional, no así cuando lo sean de divisas, y mucho más si éstas son «fuertes», únicas dispuestas a emigrar de sus propios ámbitos.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

El beneficio de separación en el Derecho venezolano

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Profesor de las Universidades Central de Venezuela
y Católica «Andrés Bello»

SUMARIO: 1. *El beneficio de separación en el Derecho venezolano. Naturaleza jurídica.*—2. *Legitimados y lapso de ejercicio.*—3. *Objeto y forma de la separación.*—4. *Efectos de la separación.*—5. *Imposibilidad y extinción de la separación.*

1. *El beneficio de separación en el Derecho venezolano. Naturaleza jurídica.*

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, el ordenamiento civil venezolano sí contempla el clásico beneficio de separación como figura jurídica plenamente autónoma y dotada de una especial regulación. En efecto, el parágrafo 4.^º de la Sección segunda del Capítulo tercero del Título segundo del Libro tercero del Código civil de 1942 (arts. 1.049 al 1.059 ambos inclusive) encuadra la institución bajo el epígrafe *De la separación de los patrimonios del "de cuius" y del heredero.*

Las líneas maestras de este mecanismo, y a menudo la misma expresión literal, proceden en el actual como en los anteriores Códigos civiles venezolanos del Código civil italiano de 1865, aunque el legislador patrio, desde el punto de vista formal, haya superado los modelos francés e italiano, al ubicar la *separatio bonorum* no entre las causas de preferencia a propósito de la realización de los derechos de crédito, sino en el campo, más cónsono, de las sucesiones.

No debe extrañar, pues, en razón de semejante origen se den en la normativa venezolana los mismos, y hasta más amplios, puntos de apoyo que permitieron a un crecido sector de la doctrina científica italiana sostener que, a diferencia de lo que ocurría en el régimen francés, se estaba en presencia de la repristinación moderna del sistema romano (o, al menos, del considerado como tal) de auténtica y absoluta separación de los patrimonios del causante y del heredero. Y en tal sentido se orientan de manera fundamental nuestros grandes comentaristas clásicos.

Así, SANOJO señalaba que de la misma manera que el heredero tiene

el derecho de pedir la separación de su patrimonio de la herencia que ha aceptado, los acreedores y legatarios lo tienen para pedir la separación de los bienes hereditarios del patrimonio del heredero, y que el derecho de separación comprende todo el patrimonio del difunto que constituía la garantía común de sus acreedores (1).

En términos más amplios DOMINICI argumentaba que para prever a los acreedores de la herencia de todo antagonismo con los acreedores del derecho, les da la ley el derecho de pedir la separación de patrimonios, que proporciona a aquellos acreedores todas las ventajas del beneficio de inventario, con entera independencia de los actos legales o ilegales del heredero. El beneficio de inventario y el de separación, añadía, tienen en parte un mismo objeto, y es impedir que los bienes, derechos y obligaciones de la herencia se confundan con los bienes, derechos y obligaciones del heredero, y que los acreedores de éste puedan atacar los bienes de la sucesión en concurrencia con sus acreedores legítimos, aunque no dejaba de reconocer que mientras la separación de patrimonios no aprovecha sino a los que la han pedido. el beneficio de inventario, contrariamente, se extiende a todos los herederos siquiera lo solicite uno solo (2).

Y la verdad es que el Código venezolano proporciona bastantes y, a primera vista, consistentes argumentos a favor de la tesis de la conformación del instituto como una auténtica separación de patrimonios.

En primer lugar, el propio legislador llama a la figura no separación de bienes sino separación de patrimonio, lo que aunque no implica un criterio vinculante sí tiene la fuerza insita a toda calificación legal; mientras no se acredite de manera fehaciente que la regulación positiva es contradictoria con el título calificador habrá que arrancar de la idea de que el membrete legal proclama y responde a la exacta naturaleza jurídica de la institución.

Tampoco el Código venezolano, en ninguna parte, denomina privilegio al derecho de separación, frente a lo que ocurre en el ordenamiento francés. Por otra parte, al proclamar en su artículo 1.051 que

(1) SANOJO, *Instituciones de Derecho civil venezolano*, II, Madrid, 1953. pp. 345-346.

(2) DOMINICI, *Comentarios al Código civil venezolano*, II, Caracas, 1951, pp. 327-329. Es curioso que aunque DOMINICI contempla la institución desde el punto de vista clásico de la separación de patrimonios, se sale en realidad de este marco cuando sostiene lo siguiente: "Por otra parte, los acreedores hereditarios que gozan del beneficio de separación, y que no han incurrido en dolo (?) pueden ejercer sus acciones contra el patrimonio del heredero, si éste aceptó pura y simplemente la herencia, y concurrir al pago con los acreedores del heredero, pues la separación de patrimonios sólo favorece a los acreedores de la sucesión" (*op. cit.*, II, p. 330) y es sabido que no obrando el beneficio de inventario, único medio en los ordenamientos latinos de limitar la responsabilidad del heredero, si se admite que los acreedores hereditarios separatistas pueden perseguir los bienes propios del heredero, hay que rechazar correlativamente la idea de que el beneficio de separación suponga una verdadera y propia separación de los patrimonios del *de cuius* y del heredero.

los acreedores y los legatarios que hayan aceptado al heredero por deudor no tienen derecho a la separación, parece dar base para pensar que cuando ha tenido verificación el beneficio de separación el heredero no es deudor y, por ende, se produce una situación de neta escisión patrimonial.

Pero hay todavía más, ya que mientras en el Código italiano de 1865 pese a hablar también de separación de patrimonios en realidad lo que se regulaba era la separación de concretos bienes hereditarios considerados individualmente, tal cosa no parece suceder, al menos a primera impresión, en el Código venezolano en razón de que su artículo 1.054 dispone que cuando alguna de las personas legitimadas para ello pidiere la separación de patrimonios, se procederá a la formación del inventario solemne de todos los bienes de la herencia, tanto muebles como inmuebles. Aparte de que en ningún lugar se dice que los acreedores y legatarios separatistas puedan perseguir los bienes personales del heredero, aunque, en verdad, tampoco se diga lo contrario.

Sin embargo, todo ello no pasa de ser una mera apariencia; en Venezuela el *beneficium separationis* no supone, ni podría suponer, la formación de dos masas patrimoniales autónomas cada una de ellas adscrita en exclusiva a la satisfacción de un grupo determinado de acreedores.

La *separatio bonorum* tiene como única justificación tutelar a los acreedores del causante y legatarios del perjuicio que pueda ocasionarles la intromisión en los bienes de la herencia de los acreedores personales de un heredero excesivamente cargado de deudas. Para lograr este objetivo no hace falta establecer una separación absoluta y definitiva entre el patrimonio hereditario y el particular del heredero, sino que basta y es suficiente con disponer que los acreedores hereditarios y legatarios que se hayan acogido al beneficio gozarán de preferencia en la satisfacción de sus derechos frente a los acreedores del heredero respecto de aquellos bienes relictos objeto de la separación.

De admitir que el derecho a la separación provoca la rigurosa diferenciación de los patrimonios del *de cuius* y del heredero habría necesidad ineludible de inquirir a través de qué camino tiene lugar la responsabilidad *intra vires hereditatis* del heredero que constituye una consecuencia natural de aquella total separación, ya que nuestro ordenamiento, como la generalidad de los ordenamientos latinos, no conoce otra vía para limitar la responsabilidad del heredero a la capacidad de los bienes hereditarios que la aceptación a beneficio de inventario.

Se ha sostenido, en tal sentido, que la separación ocasiona la rescisión, anulación o suspensión de la adición de la herencia. Soluciones todas ellas inaceptables ya que en Venezuela si para ser heredero se necesita la aceptación de la sucesión diferida, sobrevenida la ineeficacia de dicha aceptación se habrá dejado también de ser heredero y, en consecuencia, carece de sentido plantear cuestión en torno a si tiene lugar la responsabilidad limitada o ilimitada por las cargas y

deudas hereditarias. Además, admitida la eficacia rescisoria del beneficio de separación, si se tratare de soslayar la aducida dificultad afirmando que el patrimonio hereditario queda en estado de liquidación, dejando de ser titular del mismo heredero, tampoco así mejoraría en nada la situación dado el número y la entidad de los inconvenientes y contrasentidos que tal posición acarrearía. Baste mencionar entre ellos los siguientes: salvo caso de configurar la herencia separada como persona jurídica, cosa que nadie estaría dispuesto a aceptar, las deudas hereditarias aparecerían como débitos sin deudor; haría falta un régimen legal de administración y liquidación del caudal relicito, que el Código no establece, no dejando de ser curioso que para el caso mucho menos grave y delicado de herencia aceptada a beneficio de inventario, en que la masa hereditaria está dotada de titular, se preocupe el ordenamiento civil de estructurar un minucioso sistema de administración y liquidación; en fin, satisfechos los créditos que gravasen la herencia, caso de quedar remanente, para que el que en su día fué heredero y dejó de serlo al realizarse la separación, pudiese adquirir tal remanente haría falta una nueva aceptación, cosa que ningún precepto del Código exige.

Pero además, de ser cierto que la *separatio bonorum* produce la rescisión de la aceptación hereditaria, tendrían plena razón quienes estiman, en aquellos sistemas jurídicos que no contemplan la figura como institución autónoma, que carece de todo sentido y justificación la regulación del mecanismo de separación ya que sus resultados pueden lograrse a través del común y conocido camino de la acción pauliana. Y en realidad, no sería muy razonable que previendo el ordenamiento civil que los acreedores pueden obtener la declaración de ineficacia de los actos que el deudor haya ejecutado en fraude de sus derechos (art. 1.279 C. c.), dedicase todo un párrafo a reglamentar un mecanismo que en definitiva se sustancia también en la ineficacia de uno de tales actos del deudor: el acto de aceptación de la herencia. Sin embargo, ahí tenemos los artículos 1.049 al 1.059 del Código civil que se ocupan de la figura en estudio sin hacer la mínima alusión a la acción revocatoria por fraude.

Por otra parte, se sabe que el beneficio de separación y el de inventario no son incompatibles, antes bien que aun existiendo el segundo es muy conveniente hacer valer el primero, que procura a los acreedores hereditarios y legatarios una garantía más firme, y en tal sentido el artículo 1.053 del Código civil estatuye que “la aceptación de la herencia a beneficio de inventario no dispensa a los acreedores del *de cuius* y a los legatarios que pretendan hacer uso del derecho de separación de observar lo establecido en este párrafo”. Ahora bien, si resultase que el ejercicio del derecho de separación acarrea la rescisión de la aceptación de la herencia, tal consecuencia debería predicarse también respecto a la aceptación a beneficio de inventario y, por tanto, dejaría de ser cierta la referida compatibilidad y habría que sostener que en el caso de que la herencia haya

sido adida bajo el régimen de *beneficium inventarii* resulta excluida la posibilidad de que los acreedores hereditarios recurran a la *separatio bonorum*, lo que choca no sólo con la conformación doctrinaria tradicional de este último instituto, sino también con un expreso precepto legal.

Tampoco conduce a mejores resultados la consideración de que cuando los acreedores del causante y los legatarios invocan la separación están renunciando a su derecho de perseguir los bienes particulares del heredero.

Tendremos, pues, que no hay camino adecuado por cuyo tráves se pueda sostener que operante el beneficio de separación la responsabilidad del heredero queda reducida a lo que alcancen los bienes de la herencia, y si esta consecuencia no se produce mal se podrá defender que aquél ocasiona una auténtica y absoluta separación de patrimonios, ya que no cabe admitir la existencia de una determinada situación jurídica y excluir al mismo tiempo algunos de sus más consustanciales y necesarios efectos.

Se ha apuntado también que una literal interpretación del artículo 1.051 del Código civil podría utilizarse en apoyo de la tesis del desdoblamiento patrimonial riguroso, más ello sólo tendría valor, como advertía CICU en relación a un similar precepto del Código italiano de 1865, si fuese posible atribuir a la letra de la ley precisión de lenguaje técnico (3), y desde luego no ocurre tal cosa.

Hablar, como lo hace el artículo 1.051, de acreedores y legatarios que hayan aceptado al heredero por deudor es simplemente una metáfora que encuentra su explicación en las fórmulas utilizadas por el Derecho romano a propósito de los pactos concluidos entre acreedores del causante y heredero con *animus novandi*. Porque es obvio que la condición de titular de las deudas hereditarias la asume el heredero por el simple hecho de haber aceptado la herencia y con absoluta independencia de cual sea la voluntad de los acreedores al respecto: por efecto de la sucesión universal *mortis causa*, el único deudor es el heredero.

Siendo esto así de manera irreversible, ¿qué sentido puede tener la frase de reconocer o aceptar al heredero como deudor? Absolutamente ninguno desde el punto de vista técnico-jurídico, pues lo reconocen o no, lo acepten o no el heredero es y continuará siendo deudor por razón de las deudas hereditarias. El artículo 1.051 no cabe entenderlo de otra manera que como hay que entender las frases romanas *heredem sequi* y *defunctum sequi*, esto es, en el sentido de que los acreedores del causante y los legatarios pueden conformarse con las consecuencias jurídicas que acarrea la confusión de patrimonios propia de la aceptación pura y simple de la herencia, conformidad que cabe expresarla significando que aceptan o reconocen como sujeto pasivo de sus créditos al heredero. Claro que en cuanto ello no im-

(3) CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, I, Milán, 1954, p. 312.

plica, sino que aquellos están renunciando a su derecho a la separación patrimonial, no se precisa de artículo alguno que lo sancione, pues el de separación, como todo beneficio, es libremente renunciable por sus titulares.

En fin, la circunstancia de que aparentemente el Código civil venezolano no contemple la separación de solo algunos de los bienes hereditarios, sino que ésta aparezca referida a la totalidad del patrimonio hereditario, aparte de que aunque fuese cierta no sería capaz de remover los obstáculos que hemos visto, se oponen a la conceptualización de la figura como auténtica separación de patrimonios y habría, por ende, que entenderla como una situación que abarcando a todos los bienes hereditarios no produce, sin embargo, los efectos del desdoblamiento patrimonial rigurosamente considerado (para lo cual no hay obstáculo, ya que en el Código civil italiano vigente la separación puede extenderse a todo el caudal relicto y, no obstante, nunca llega a conformarse como una dualidad de patrimonios propiamente dicha), no es del todo exacta, pues si bien es cierto que la separación debe abarcar todos los bienes muebles hereditarios, no sucede lo mismo respecto a los bienes inmuebles, ya que al disponer el artículo 1.059 que "todas las disposiciones relativas a las hipotecas son aplicables al vínculo que se deriva de la separación de los patrimonios, siempre que se haya verificado el registro legal sobre los inmuebles de la herencia", deberá jugar el principio de especialidad hipotecaria y, por tanto, será posible limitar la separación a uno o varios de los bienes inmuebles hereditarios (claro que sin que ello suponga obstáculo a que sea posible también extender la separación a todos los bienes relictos, muebles e inmuebles).

Se ve, en consecuencia, que en el Derecho venezolano no cabe conceptualizar el beneficio de separación como un mecanismo que ocasione una estricta diferenciación entre dos masas patrimoniales, la del causante y la del heredero, afecta cada una de ellas a una específica clase de acreedores: la del difunto a sus acreedores y la del heredero a la de los suyos. La interpretación lógico-sistemática del sistema sucesorio venezolano nos lleva indefectiblemente a ver en la *separatio bonorum* tan sólo un recurso que el Derecho pone a disposición de los acreedores del causante y de los legatarios para que los mismos puedan satisfacer sus derechos, con los bienes de la herencia, en régimen de preferencia frente a los acreedores privativos del heredero.

Y es que esta es la conformación natural del instituto; llevarla más lejos supone desfigurarlo, cambiar su punto de apoyo y hasta hacer que produzca unos efectos que están en contradicción con su propia sustancia y, en buena medida, lo descalifican para el resultado tuitivo que por su intermedio se quiere lograr. Siendo tal resultado salvaguardar a los acreedores hereditarios y legatarios del riesgo que para sus derechos puede representar la concurrencia sobre los bienes de la herencia de los acreedores personales del heredero, se comprende con facilidad que para alcanzar el mismo baste y sea suficiente

con postergar a éstos frente a aquéllos a la hora del cobro, sin que se precise para nada estatuir que por obra del beneficio de separación el heredero responderá de las cargas hereditarias hasta donde alcance el valor de los bienes heredados, con lo que necesariamente se predica la existencia de dos patrimonios en régimen de perfecta individualización e inconfusión. Para lograr tan circunscrito objetivo no hace falta, ni en Venezuela se puede, dadas las características del sistema sucesorio patrio, arbitrar un régimen que si bien lo consigue se vuelve o, al menos, es susceptible de volverse contra los mismos destinatarios del beneficio. Como bien dice ROCA SASTRE, "parece extraño que un remedio arbitrado para beneficiar a los acreedores del causante, pueda trocarse en perjuicio de ellos y favorecer a los acreedores del herederos, que ya sabian que su deudor podía contraer nuevas deudas, incluso mediante aceptar herencias" (4).

Se podría argüir, de todas maneras, contra lo que aquí se viene sosteniendo que el Código civil venezolano, a diferencia, por ejemplo, de lo que expresamente dispone el vigente Código civil italiano (artículo 512-3.º), en ningún lugar establece que los acreedores de la herencia y los legatarios que actuaron la *separatio bonorum* puedan dirigirse también sobre los bienes propios del heredero. Pero es que semejante precepto no hace falta recogerlo en forma expresa, aunque puede resultar conveniente para evitar discusiones y disipar dudas e incertidumbres, ya que siendo normal o natural la posibilidad de perseguir los bienes privativos del heredero en base a las deudas hereditarias, el mismo estará rigiendo aunque nada se diga. Lo que sí haría falta establecer de manera clara y tajante sería la situación contraria, esto es, que los acreedores del causante no puede incidir sobre el patrimonio del heredero, pues al constituir la misma algo excepcional no puede darse salvo expresa sanción legal. Del silencio del Código, por tanto, no puede derivarse argumento contrario a la tesis que sostengamos, antes bien tal silencio constituye un valioso punto de apoyo en pro de ella.

Efectivamente, cuando el llamado a una herencia la acepta pasa a ser no sólo titular de los derechos que pertenecían a su causante, sino también titular de los débitos que el mismo soportaba; es decir, asume las deudas hereditarias. Si el heredero es deudor deberá responder del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes habidos y por haber (responsabilidad ilimitada: art. 1.863 C. c.) como régimen o situación normal. Ahora bien, el Derecho pone a disposición del heredero un recurso mediante el cual aquella normal responsabilidad que no se detiene en el límite de la capacidad patrimonial de la herencia puede restringirse: el beneficio de inventario. Al operar este beneficio, el heredero sucede también en las deudas hereditarias, pero ahora en lugar de responder de su cumplimiento en forma ilimitada ha puesto a salvo sus bienes personales, por lo que su afección

(4) ROCA SASTRE, *El beneficium separacionis y los actuales sistemas de separación sucesoria*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1960, p. 1129.

vendrá circunscrita a lo que alcance el activo hereditario, responderá de los débitos limitadamente a la capacidad de los bienes relictos (*intra vires hereditatis*).

Este es el único medio de que dispone el heredero para dejar fuera del alcance de acreedores del causante y legatarios su acervo personal y el único caso, por ende, en que aceptada una herencia no tiene lugar la compenetración de patrimonios, permaneciendo el del *de cuius* y el del heredero perfectamente deslindados o separados: “no confundir sus bienes personales con los de la herencia, y conservar contra ella el derecho de obtener el pago de sus propios créditos”, es una de las ventajas que el beneficio de inventario otorga al heredero según el artículo 1.036 del Código civil. Por el contrario, si el heredero aceptó la herencia sin beneficio de inventario (aceptación pura y simple) deberá responder irremediablemente del pago de las deudas del causante con sus propios bienes y, en consecuencia, no habrá razón para mantener diferenciadas en términos absolutos ambas esferas patrimoniales. Por el hecho de que los acreedores hereditarios hayan invocado el *beneficium separationis*, tal situación no se modificará, porque el objetivo de éste no es favorecer al heredero en orden a su responsabilidad (para ello existe el de inventario), sino otorgar a aquéllos determinadas ventajas preferenciales a la hora de realizar sus derechos; con separación o sin ella, el heredero responde *ultra vires hereditatis* y, en definitiva, no cabe hablar de auténtica autonomía patrimonial.

Incurren en error, pues, DOMINICI y SANOJO cuando estiman que el beneficio de inventario y el de separación son recursos paralelos en orden a la separación de patrimonios, ya que del último no puede derivarse la responsabilidad limitada del heredero y sin ella naufraga la pretendida escisión o desdoblamiento patrimonial.

En línea de principio hay que sostener que la confusión de patrimonios sobrevenida por la aceptación pura y simple de la herencia continúa una vez que se ha ejercitado el derecho de separación. Ahora bien, este derecho faculta a acreedores hereditarios y legatarios para que puedan cobrarse sobre los bienes de la herencia con preferencia a los acreedores del heredero, lo cual exige, si se quiere que sea real la prelación, que dichos bienes hereditarios en alguna forma deben diferenciarse de los propios del heredero, han de permanecer en adelante aislados, separados o individualizados de los que componen el patrimonio personal del sucesor.

Así es como debe entenderse la pretendida separación de patrimonios que comporta el *beneficium separationis*. Hay autonomía o separación, pero no estructural o institucional, sino meramente instrumental o funcional. Se separan los bienes hereditarios para que sobre ellos puedan los beneficiados cobrar en forma preferente, pero de ahí no se pasa ni puede pasarse: tal separación no implica que acreedores hereditarios y legatarios vean restringidos sus derechos a

los bienes separados y, por tanto, no supone una separación de patrimonios propiamente dicha.

Con su habitual precisión, MESSINEO escribe que con la separación la masa de los bienes separados adquiere autonomía patrimonial en ventaja de los acreedores hereditarios y de los legatarios separatistas, en el sentido de que éstos tienen la preferencia sobre los acreedores personales del heredero en la concurrencia sobre los bienes hereditarios, pero los mismos pueden concurrir sobre los bienes personales del heredero. Con la aceptación a beneficio de inventario, en cambio, se tiene una autonomía patrimonial, pero en el otro sentido, de que los acreedores y los legatarios quedan excluidos de satisfacerse con los bienes personales del heredero, y que los acreedores personales del heredero quedan excluidos de la concurrencia sobre los bienes hereditarios, como si se hubiese operado la separación sobre la totalidad de esos bienes. La separación de bienes tiene efecto singular en el sentido de que crea la preferencia solamente sobre los bienes que constituyen objeto del respectivo procedimiento; el beneficio de inventario, en cambio, comprende todo el patrimonio personal del heredero en el sentido de hacerlo inmune de responsabilidad frente a los acreedores hereditarios y frente a los legatarios (5).

También GARCÍA BAÑÓN significa que la separación de patrimonios no tiene por fin, como ocurría en el Derecho romano, afectar especialmente cada uno de los patrimonios a cada una de las clases de acreedores; la separación no rescinde la adición, sino que atribuye tan sólo un título de preferencia, sobre los bienes separados, a los acreedores que la piden frente a los acreedores personales del heredero, y, en consecuencia, el heredero que haya aceptado pura y simplemente responde ilimitadamente con sus bienes, además de con los bienes hereditarios, frente a los acreedores y legatarios separacionistas. La separación no detiene, para el acreedor de la sucesión, el efecto de la aceptación pura y simple, o sea, la confusión se evita solamente con la aceptación a beneficio de inventario. Y es que, advierte, únicamente para los acreedores de la sucesión, no para los herederos, hay dos patrimonios, dos deudores; el beneficio de separación está instituido en favor de ellos exclusivamente (6).

O como señalan RIPERT y BOULANGER, en cuanto por la sucesión la personalidad del heredero sustituye a la personalidad del difunto, el beneficio de separación tan sólo da lugar a aislar dentro del patrimonio del heredero, como si constituyera un patrimonio independiente, los bienes que provienen de la sucesión, de tal suerte que el acreedor pueda obtener su pago preferente (7).

Tendremos, en definitiva, que en Venezuela, pese a lo que diga el título del párrafo destinado a regularlo, el *beneficium separa-*

(5) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, VII, Buenos Aires, 1956, p. 292

(6) GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Madrid, 1962, pp. 161-162.

(7) RIPERT y BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil de Planiol*, III, París, 1951, pp. 826-830.

tionis no produce el efecto de ocasionar una verdadera y propia separación de los patrimonios hereditario y privativo del heredero, por más que, a objeto de dar consecución a los fines que legitiman la figura, haya que mantener aislados dentro del único patrimonio a la sazón existente (el del heredero) los bienes provenientes de la sucesión hereditaria. Pero entiéndase bien, tal aislamiento es tan sólo de tipo operacional, no sustantivo, y por ello no produce, en principio, los típicos efectos que acarrea la existencia de un patrimonio en régimen de autonomía o separación estricta, muy particularmente el de limitar la responsabilidad de su titular por las deudas que lo afecten a los bienes (o a su valor) que formen parte del mismo, es decir, en el caso en estudio la responsabilidad del heredero *intra vires hereditatis*. Se trata, como dice MESSINEO, de una autonomía patrimonial en ventaja exclusiva de los acreedores de hereditarios y de los legatarios separatistas, o, como advierte RIPERT y BOULANGER, de aislar los bienes hereditarios dentro del patrimonio del heredero en forma tal que vengan a conformarse a la manera, pero sólo a la manera, de un patrimonio independiente.

Ahora bien, ¿tan limitado objetivo a través de qué mecanismo jurídico se consigue? El instrumento previsto al respecto es el de la preferencia. Sobre los bienes separados, los acreedores del causante y los legatarios que invocaron el beneficio puesto a su disposición por la ley ostentarán un derecho de cobro preferente respecto a los acreedores particulares del heredero. En resumen, pues, en el Derecho civil venezolano la *separatio bonorum* se resuelve o concretiza en constituir a favor de quienes la ejercitan un simple derecho de prelación o preferencia en la realización de sus derechos.

Y esta conclusión puede sostenerse incluso a la letra de la ley, porque si bien es cierto que el Código venezolano habla en general (y aténcicamente) de separación de patrimonios e *in concreto*, dispone en su artículo 1.049 (el primero de los dedicados a la figura y al que cabría, por tanto, atribuir un cierto valor definitorio) que "los acreedores de la herencia y los legatarios pueden pedir la separación del patrimonio del *de cuius y el del heredero...*", no lo es menor que en su artículo 1.050, clave en la configuración del instituto, establece de manera clara y terminante que "la separación tiene por objeto el pago, con el patrimonio del *de cuius*, a los acreedores y a los legatarios que la han pedido, con preferencia a los acreedores del heredero". Si tal es su objeto, no otra puede ser su sustancia o naturaleza. Sería insostenible defender que, orientado el beneficio hacia tal fin, su naturaleza jurídica consiste, en cambio, en provocar la separación de patrimonios, ya que tal afirmación implicaría un desfase entre lo que se dice consiste la institución y los resultados o efectos que por su intermedio se consiguen. Conformada como neta diferenciación patrimonial por algún lado, deberían aparecer las consecuencias normales de esta situación, y, sin embargo, como se acaba de señalar, la ley se limita a centrarla en una mera preferencia para el

cobro, para lo cual no se precisa en forma alguna detener o enervar la compenetración de patrimonios que acarrea la aceptación pura de la herencia; la lógica jurídica exige que una determinada figura se catalogue en base a sus efectos y si resulta que los previstos legalmente no se identifican con los normales a tal figura, otra deberá ser la conceptuación que a la misma se dé. Más de argüirse que la ley se limita (en el art. 1.050) a señalar uno solo de los efectos del régimen de aislamiento patrimonial propio del *beneficium separationis* dando los demás por sobreentendidos, se podría replicar que, dejando ahora de lado que la separación de patrimonios genuina da lugar a favor de los acreedores del causante a algo más que una simple causa de preferencia, tampoco dicho particular efecto hacía falta manifestarlo en forma expresa, pues si el legislador hubiera sancionado un sistema de verdadera separación de masas patrimoniales, acorde con el epígrafe que preside la regulación de la figura, no habría hecho falta significar en particular alguna o algunas de las derivaciones propias del mismo, pues quien quiere la causa quiere los efectos. Al hablar únicamente de que la separación tiene por objeto el pago preferente a acreedores y legatarios, por necesidad se está refiriendo a algo diferente a la dualidad patrimonial por más que aquella circunstancia coincida, con mayor o menor exactitud, con otra que se da también en esta última situación jurídica.

No cabe, en suma, hablar en rigor técnico-jurídico de separación del patrimonio del difunto respecto al del heredero, sino tan sólo, como sostiene FUNAIOLI (8), de distinción y preferencia. Las dos masas de bienes forman un único patrimonio, el del heredero; no hay suspensión de la confusión ocasionada por la *successio*, pero en cuanto sobre una de ellas, la hereditaria, los acreedores del causante y los legatarios tienen derecho a ser preferidos a los acreedores del heredero, se comprende que, no obstante, la confusión, se mantenga la distinción entre ellas. No se trata, pues, de una separación sustancial, de una escisión sin puente entre los dos patrimonios, y la prueba de ello se advierte en que los acreedores del difunto no son excluidos de concurrir con los otros sobre los bienes del heredero y en que los acreedores del heredero más que excluidos son pospuestos respecto a los bienes hereditarios separados (BARBERO) (9).

Ya tenemos desbrozado el campo: la separación de bienes consiste en un derecho de preferencia. Ahora bien, ¿cuál será la naturaleza jurídica de tal derecho?

De acuerdo al párrafo segundo del artículo 1.864 del Código civil venezolano, "las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas". A estos dos términos habrá, en consecuencia, que reducir la disputa; el derecho de separación o preferencia que ostentan

(8) FUNAIOLI, *Diritto e processo nella separazione dei beni ereditari*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, p. 47.

(9) BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II Turín, 1955, pp. 917-918.

acreedores hereditarios y legatarios acogidos al beneficio, ¿será un privilegio o será una hipoteca?

No creemos necesario plantearnos en relación al Derecho de Venezuela las discusiones suscitadas entre los autores italianos, a propósito de este punto, vigente el Código civil de 1865, ya que, aparte de la facilidad con que puede rechazarse la tesis del privilegio respecto a los inmuebles, habida cuenta de que mientras éste no afecta a los bienes que pasaron a poder de terceros (carece de reipersecutoriedad) y viene dado en consideración "de la causa del crédito" (art. 1.866 C. c.), el derecho a que da lugar la separación, al menos en relación a los inmuebles, tiene eficacia *erga omnes* (art. 1.056 C. c.) y es por completo ajeno a la razón o causa de los créditos que tutela, el Código civil se encarga de despejar el camino al disponer en su artículo 1.059 que "todas las disposiciones relativas a las hipotecas son aplicables al vínculo que se deriva de la separación de los patrimonios, siempre que se haya verificado el registro legal sobre los inmuebles de la herencia".

Si frente a una disposición mucho menos tajante que ésta, cual es la que recoge el párrafo tercero del artículo 518 del Código civil italiano de 1942 al establecer que "a las inscripciones a título de separación son aplicables las normas sobre las hipotecas" (que parece contemplar tan sólo, o al menos de manera relevante, el aspecto formal o procedimental de la figura), la doctrina italiana no tiene reparo en afirmar que semejante remisión no puede entenderse limitada a la sola forma extrínseca sino que hay que referirla también a la sustancia del derecho de hipoteca (10), ¿cómo habrá de entenderse la amplia, generosa y clara expresión del Código venezolano de que "*todas las disposiciones relativas a las hipotecas* son aplicables al *vínculo* que se deriva de la separación? De una sola manera: el *vínculo* que se deriva de la separación y que consiste, como se acaba de ver, en una prelación para el cobro tiene naturaleza hipotecaria cuando recaiga o tenga por objeto bienes inmuebles hereditarios. El derecho de preferencia que ostentan los acreedores del causante y los legatarios separatistas es consecuencia del derecho real de hipoteca que a su favor surge cuando, con las formalidades y en los términos legalmente prescritos, ejercitan el derecho a la separación. Respecto a los inmuebles, pues, la separación se conforma como un derecho de garantía específica, como una hipoteca.

Lo dicho se refuerza al tomar en consideración que el precepto legal habla de que las disposiciones relativas a las hipotecas son aplicables "siempre que se haya verificado el registro legal sobre los inmuebles de la herencia", de lo que resulta que, exigido en forma específica el cumplimiento de las actuaciones formales precisas para la recta constitución de la hipoteca (art. 1.879, Título XXII del Libro III del Código civil), las disposiciones o normas a que alude el

(10) AZZARITI y MARTÍNEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padua, 1963, p. 111.

citado artículo 1.509 no pueden ser otras, o por lo menos lo son de manera preferente, que las relativas a la sustancia o contenido sustantivo del derecho de hipoteca.

¿Y respecto a los bienes muebles hereditarios objeto de separación? También en relación a esta categoría de bienes relictos gozan los acreedores del causante y los legatarios separatistas del derecho a satisfacerse con preferencia frente a los acreedores personales del heredero; también en relación a ellos, la *separatio bonorum* constituye una causa legítima de preferencia.

Sin embargo, obviamente, en nuestro ordenamiento jurídico la separación mobiliaria no puede dar lugar a un derecho de hipoteca pues este derecho real de garantía se halla restringido a los bienes inmuebles (art. 1.881 C. c.). ¿Cuál será entonces la naturaleza jurídica de dicho derecho?

En el Derecho italiano al disponer el artículo 517 del Código que el derecho a la separación respecto de los muebles se ejerce mediante demanda judicial, se suele considerar la separación mobiliaria como un procedimiento judicial de naturaleza cautelar, susceptible de desembocar en una providencia que acoja la demanda, ordene las medidas necesarias para la conservación de los bienes (secuestro conservatorio) y dé lugar a la prelación (11). Tal cosa no ocurre en el Derecho venezolano en el que el *beneficium sparationis* se actúa, en principio, de la misma manera tanto respecto a inmuebles como respecto a muebles y, desde luego, los bienes muebles hereditarios no aparecen incluidos entre los que recoge el artículo 375 del Código de Procedimiento civil como susceptibles de la medida preventiva de secuestro.

Empero, un buen número de autores italianos ven en la separación mobiliaria un derecho de prenda legal (AZZARATI y MARTÍNEZ) o un derecho eventual de prenda (OSTI). AZZARATI y MARTÍNEZ advierten que necesariamente el instituto de la separación debe estar dotado de unidad conceptual ya que en todo caso viene configurado por la ley como un derecho de preferencia, por tanto si para los inmuebles asume la naturaleza de un derecho real, no puede dejar de asumir tal naturaleza también en relación a los bienes muebles (12).

El argumento aunque fuerte en el plano dogmático es insostenible en nuestro Derecho y no sólo porque a un tal derecho de prenda le faltaría algo tan esencial como es que la cosa pignorada haya sido entregada y esté en poder del acreedor o de un tercero escogido por las partes (art. 1.841 C. c.), sino también porque al disponer el artículo 1.055 del Código civil que "respecto a los muebles ya enajenados, el derecho de separación se referirá únicamente al precio que se deba", es obvio que el derecho que corresponde a acreedores y legatarios separatistas no puede tener entraña real (y, por ende, tampoco

(11) MESSINEO, op. cit., VII, p. 291; DE SIMONE, *La separazione dei beni ereditari*, Nápoles, 1942, p. 114; FUNAIOLI, loc. cit., p. 51, etc.

(12) AZZARATI y MARTÍNEZ, op. cit., p. 112.

naturaleza pignoraticia) ya que por ley aparece despojado de eficacia *erga omnes*.

Por tanto, aunque en el plano teórico puro ello pueda parecer aberrante, teniendo en cuenta que los acreedores y los legatarios acogidos a la *separatio bonorum* tienen un derecho de preferencia sobre los bienes muebles hereditarios y que, a tenor del artículo 1.864 del Código civil, no hay más causas legítimas de preferencia que los privilegios y las hipotecas, debemos evidentemente concluir que el derecho de separación relativo a muebles no pudiendo encuadrarse entre las segundas de dichas causas habrá de ubicarse entre las primeras de las mismas. En definitiva, en el Derecho venezolano la naturaleza jurídica del derecho de preferencia para el cobro que ostentan los acreedores hereditarios y legatarios sobre los bienes muebles relictos que fueron objeto de separación es la de privilegio.

2. *Legitimados y lapsus de ejercicio*

La separación de bienes corresponde a los acreedores del causante con indiferencia de cuál sea su condición. Todo acreedor hereditario está legitimado a la separación sin importar el contenido u objeto de la obligación, ni que el crédito esté vencido o no, sea condicional o puro o se halle sometido a impugnación. El manto protector que el beneficio de separación proporciona frente a los acreedores personales del heredero se encuentra a disposición de cualquier acreedor del caudal relieto, con prescindencia de las características o circunstancias de su derecho de crédito, que del mismo quiera aprovecharse. Es por ello que el artículo 1.049 del Código civil dispone que los acreedores de la herencia (y los legatarios) pueden pedir la separación, “aun cuando tengan garantía especial sobre los bienes de la herencia”.

La extensión del beneficio hasta los acreedores hereditarios dotados de garantía real, que ya de por sí implica preferencia frente a los acreedores particulares del heredero, encuentra su justificación en el hecho de que dicha garantía puede resultar insuficiente para la plena satisfacción del crédito a la hora de su realización. “Ordinariamente —nos dice DOMINICI— el beneficio aprovecha a los acreedores quirográficos más que a los privilegiados e hipotecarios, que tienen asegurado el pago con garantías especiales; pero a éstos puede ser útil también en el caso de que las cosas afectas al crédito no alcancen para cubrirlo, y deban extender la acción ejecutiva a los demás bienes de la herencia (13).

En cambio, la afirmación que hace el mismo autor de que la separación puede pedirse siempre que el acreedor hereditario interese evitar la confusión de patrimonios e *in concreto* cuando el deudor principal hereda al fiador o viceversa ya no la encontramos tan justificable, pues a la vista del artículo 1.831 del Código Civil que habla de “la confusión que se verifica en la persona del deudor y de su fiador, cuando uno de ellos hereda al otro”, parece difícil soste-

(13) DOMINICI, op. cit., II, p. 328.

ner semejante legitimación. Otra cosa sería si en el Derecho venezolano existiese un precepto, como el sancionado por el artículo 1.255 del Código civil italiano, de cuyo tenor resultase que la fianza subsiste, siempre que el acreedor tenga interés en ello, aunque en una misma persona se reúnan las calidades de fiador y de deudor principal; mas no sucede así, sino antes bien lo contrario.

También los legatarios pueden acogerse a la separación de bienes (art. 1.049), previsión completamente natural en cuanto ellos corren el mismo riesgo que los acreedores de la herencia de tener que soportar la concurrencia de los acreedores personales del heredero en virtud de la confusión patrimonial provocada por la aceptación pura de la herencia. Claro que tal legitimación sólo tendrá sentido en relación a los legatarios de género o cantidad, ya que el legatario de especie, que adquiere inmediatamente (*recta vía*) la propiedad o la titularidad del bien o derecho legado (arts. 927 y 928 C. c.), no corre, en principio, el peligro que justifica la existencia del *beneficium separationis*.

Ahora bien, en cuanto los acreedores hereditarios gozan de preferencia sobre los legatarios (cualquiera que sea su clase), se comprende que la circunstancia de que se trate de legados de especie no pueda suponer menoscabo de la aludida preferencia para el cobro de los acreedores del causante sobre los bienes de la herencia, pues, caso contrario, se pondría a disposición del *de cuius* un medio fácil de burlar los derechos de sus acreedores mediante la simple distribución de sus bienes a título de legado. Se explica así que el *Codice civile* italiano haya dispuesto en su artículo 513 que "los acreedores del difunto pueden ejercitar la separación aun respecto de los bienes que constituyen objeto del legado de especie".

En Venezuela no contamos con una norma explícita similar dentro de la ordenación legal del beneficio de separación, pero es posible llegar a la misma conclusión en base a otro dispositivo, el previsto en el artículo 1.115 de su Código civil. En efecto, de acuerdo al mismo "el legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, sin perjuicio de la acción hipotecaria que competía a los acreedores sobre el fondo legado, y *salvo también el derecho de separación*"; lo que viene a significar, aunque el pronunciamento se haga por vía indirecta, que incluso los bienes hereditarios objeto de un legado de especie pueden quedar afectados al pago preferente a los acreedores del difunto cuando éstos hagan valer el derecho a la separación que la ley les confiere. Se actúan así en nuestro ordenamiento jurídico los particulares efectos beneficiosos que en orden a la protección de los acreedores hereditarios resultan de la máxima *nemo liberalis nisi liberatus*.

No excluye expresamente el Código civil venezolano de los legitimados para el ejercicio de la *separatio bonorum* al heredero y a sus acreedores personales. Mas no hace falta en realidad semejante exclusión expresa, respecto al primero porque el recurso separatorio no viene establecido pensando en su provecho y porque él, si quiere,

puede provocar muy parecidas consecuencias jurídicas, amén de circunscribir su responsabilidad por las deudas de la herencia a lo que alcance el valor de los bienes que la integran, aceptando la sucesión a beneficio de inventario; respecto a los segundos en razón de que conformado el beneficio de separación en los Derechos latinos modernos, y desde luego en Venezuela, no como una auténtica separación patrimonial, sino como una simple razón de preferencia en pro de acreedores del causante y legatarios, sería absurdo y contradictorio que pudieran invocar aquél quienes van a sufrir sus consecuencias, aquellos "contra" los que viene dado precisamente el mecanismo de separación en relación a los cuales, como es obvio, ni siquiera cabe hablar de beneficio o derecho de separación (donde no hay interés no hay acción).

Otra cosa podría pensarse respecto a estos últimos si, como se dice ocurría en el Derecho romano; el *beneficium separationis* diera lugar a una neta escisión de patrimonios. Cabría entonces considerar que así como es justo que los acreedores del difunto puedan defenderse de la concurrencia de los acreedores personales del heredero, lo es también que éstos puedan protegerse del concurso de aquellos provocando la individualización patrimonial a través de la actuación del instrumento de separación. Claro que aun en tal caso se dan razones válidas para negar a los acreedores del heredero la titularidad del derecho a la separación, entre ellas la de que es lícito a todo deudor empeorar la condición de sus acreedores mediante la asunción de nuevas deudas y la de que, como resaltan AZZARITI y MARTÍNEZ, pueden impugnar la aceptación de la herencia verificada por el heredero demostrando los extremos del daño y del fraude (14). Adviértase además que este último recurso (acción pauliana) a que pueden acudir los acreedores particulares del heredero en el supuesto de *hereditas dam nosa* en nada enturbia, antes bien complementa, el instituto de la *separatio* que siempre fue pensado como un dispositivo para la exclusiva protección de acreedores del causante y de legatarios. Desde luego, el Derecho romano no permitió a los acreedores del heredero solicitar la separación ni siquiera en el supuesto de aceptación fraudulenta de la herencia (15).

Según establece el artículo 1.052 del Código civil, "el derecho a pedir la separación no puede ejercerse sino dentro del perentorio plazo de cuatro meses, a contar desde la apertura de la sucesión".

Es ello natural dado que la separación de los bienes del *de cuius* y del heredero no es algo que se produzca automáticamente cuando tiene lugar la apertura de una sucesión. El derecho de preferencia en que se sustancia la *separatio bonorum* no se concede *u opera ipso iure* sino que tan sólo se da cuando los acreedores hereditarios y los lega-

(14) AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., p. 107. Cfr. también DOMINICI, op. cit., II, pp. 329-330.

(15) D. 42, 6, 1, 2 y 13.

tarios han ejercitado el derecho a la separación en el momento y en la forma legalmente preceptuados.

Plazo este de caducidad o decadencia que no cabe, por ende, interrumpir, que corre contra menores e incapacitados y cuyo vencimiento puede ser apreciado de oficio.

La ley habla de que el plazo de cuatro meses se cuenta a partir del momento en que tuvo lugar la apertura de la sucesión. Obviamente no cabe entender semejante expresión en su estricto sentido literal ya que el beneficio de separación, orientado a proteger a los acreedores del causante frente a los acreedores privativos del heredero, supone por necesidad la existencia de éste. Ahora bien, en nuestro sistema sucesorio la herencia y el título de *heres* se adquieran mediante la aceptación del llamado a la sucesión, de lo que resulta que si se entendiese que el reseñado plazo comienza a correr tan pronto tiene lugar la apertura de la sucesión (muerte del causante: art. 993 C. c.), en todo caso en que la aceptación de la herencia se realizase después de transcurridos cuatro meses desde el deceso del *de cuius* los acreedores hereditarios y los legatarios se verían despojados en forma irremediable del derecho a la separación. Consecuencia que a todas luces es inadmisible.

La forma de computar el plazo que señala el artículo 1.052 del Código civil venezolano tiene sentido en aquellos ordenamientos, como el francés, en que apertura de la sucesión y adquisición de la herencia coinciden por devendirse heredero en forma automática (*ipso iure*), mas es evidente que debe interpretarse razonablemente en aquellos otros regímenes sucesorios, como el venezolano, en que sólo se es heredero y se adquiere la herencia mediante la aceptación, acto este que puede demorarse mucho más de cuatro meses, a contar desde la apertura de la sucesión, habida cuenta de que, de acuerdo al artículo 1.011 del Código civil, el derecho de aceptar una herencia no se prescribe sino con el transcurso de diez años.

La doctrina venezolana ha venido aceptando sin pugna la fórmula literal del artículo 1.052, sin entrar a enjuiciar críticamente lo acertado o desacertado, lo correcto o incorrecto de la misma. Para SANOJO, el derecho a la separación debe ejercitarse en el término de cuatro meses a contar desde el día de la apertura de la sucesión, sin distinguir si los acreedores hereditarios o los legatarios han tenido o no noticia de la apertura de la sucesión, salvo su derecho a los daños y perjuicios contra quien dolosamente se la haya ocultado (16). Para DOMÍNICI, el plazo en cuestión se cuenta desde la apertura de la sucesión y corre aunque el acreedor ignore la muerte del *de cuius*, por lo que aquél está expuesto a perder el beneficio si deja pasar la oportunidad legal sin reclamarlo; en su opinión, debe suponerse que el acreedor está al corriente del estado de su deudor (17).

No es esta nuestra opinión, aunque no dejamos de reconocer la

(16) SANOJO, op. cit., II, p. 347.

(17) DOMÍNICI, op. cit., II, pp. 331-332.

dificultad que supone rebasar el obstáculo representado por la letra del artículo 1.052, que claramente habla de "apertura de la sucesión". Mas hoy ya no se estima como vinculante en todo caso la regla *in claris non fit interpretatio* y, en cambio, se admite que la literalidad de un texto legal puede ser rebasada y aun modificada en base a la consideración del fin u objetivo del mismo (interpretación correctora). Y esto es lo que no proponemos hacer en el supuesto que se contempla.

¿Cuál es la *ratio* o fin del beneficio de separación? Como tantas veces se ha repetido, la protección de los acreedores del causante y de los legatarios frente a los acreedores personales del heredero para el caso de que éste se encuentre endeudado en exceso (sea insolvente). La *separatio bonorum* surgió como un medio idóneo para detener la concurrencia sobre los bienes hereditarios de los acreedores del heredero, cosa posible por la compenetración patrimonial a que da lugar la aceptación pura de la herencia. De acuerdo a tal origen, que matiza y conforma la institución, parece natural que la existencia de acreedores personales del heredero, de cuya concurrencia en igualdad de derecho se quiere proteger a acreedores de la herencia y legatarios, constituya un presupuesto para la actuación de la misma; ahora bien, para saber cuál es el estado patrimonial del heredero hace falta conocer en forma previa quién es éste.

Mas si se entiende que los acreedores del causante y los legatarios han de ejercitar su derecho a pedir la separación dentro del fatídico plazo de cuatro meses a contar de la apertura de la sucesión, habrá que admitir también que en todo caso en que durante dicho término no haya tenido lugar la aceptación de la herencia, aquéllos, si invocan la separación, estarán actuando un derecho cuyas bases justificadoras no se dan, pues no se sabrá todavía (al desconocerse quién es el heredero definitivo) si realmente hay o no peligro de una posible concurrencia de acreedores extraños. ¿Y si luego resulta que quien devino heredero goza de una situación patrimonial solventísima? ¿Tendría sentido, en tales circunstancias, haber acudido al mecanismo de la *separatio*?

Claro que se podrá decir que con el plazo que se discute no se daña en forma irremediable a los acreedores de la sucesión, pues éstos, siempre que dentro del mismo no se haya verificado la aceptación hereditaria, actuando el derecho a la separación se ponen a cubierto de futuras sorpresas dañinas. Mas ello supone obligarles a poner en marcha un instrumento que está estructurado para otra situación, transformar en normal una actuación que obviamente se presenta como excepcional y, en definitiva, dejar en manos de los futuros herederos (les basta con demorar el momento de la aceptación) un recurso sucesorio que desde luego no fue pensado para semejante materialización, ni siquiera por vía indirecta. De ser así mucho más lógico habría sido que el legislador hubiera dispuesto que en todo caso y *ministerio*

legis la herencia queda separada del patrimonio personal del heredero.

No ha sido tal la plasmación del instituto; el derecho a la separación, dado en función de precisas circunstancias, sólo opera cuando quienes lo detentan lo hacen valer y parece racional suponer que los mismos únicamente deben hallarse en la alternativa real de actuarlo o no cuando de hecho se den las condiciones que fundamentan su existencia.

Creemos, en consecuencia, que el lapso de cuatro meses no debe computarse desde el instante de la apertura de la sucesión sino, tal como ocurría en el Derecho romano, desde el momento en que ha tenido lugar la aceptación de la herencia, momento este el único en que en verdad se dan los presupuestos de la figura y en que, por ende, pueden los acreedores del causante y legatarios decidir con pleno conocimiento de causa sobre la conveniencia o no de acogerse a la separación y a los efectos que de la misma derivan. A tal conclusión nos lleva una interpretación lógico-finalista del beneficio de separación que se acomoda a la estructura y objetivo del mecanismo protector y que puede tener acogida en el Derecho venezolano en base al principio interpretativo sancionado por el artículo 4.^º del Código civil.

Repetimos, si en el Derecho venezolano la herencia se adquiriese *ipso iure* por la delación, tendría sentido que el plazo para el ejercicio del derecho a la separación comenzase a correr con la apertura de la sucesión; al no ocurrir tal cosa, es ilógico, contradictorio e improcedente computarlo de dicha manera. diga lo que diga la letra de la ley. Un precepto concreto relativo a una institución no puede ir contra las líneas maestras de la misma ni puede contrariar las características sustanciales de la materia (en este caso, la sucesoria) a que tal institución pertenece.

Pero si se quisiera respetar la letra de la ley sin descartar la solución que propugnamos, todavía ello sería posible en base a la siguiente argumentación: Como los efectos de la aceptación se retrotraen al momento en que se abrió la sucesión (art. 1.001 C. c.), pudiera pensarse que cuando el legislador habla en el artículo 1.052 de "cuatro meses a contar desde la apertura de la sucesión" lo hace sobre la base de que ya se ha aceptado la herencia, que sería perfectamente armónico con la naturaleza y finalidad de la *separatio bonorum*, y, en consecuencia, habida cuenta de la retroactividad de la aceptación, hace arrancar el lapso formalmente de la apertura de la sucesión aunque de hecho y en la realidad de las fechas deberá contarse a partir del día en que se practicó la *aditio*. Esto es, en cuanto las cosas ocurren como si la aceptación se hubiera realizado al abrirse la sucesión, también a partir de este instante deberá aparentemente arrancar el cómputo del lapso de que se dispone para hacer valer la separación, en cuanto al inicio del mismo es uno de los varios efectos que origina la aceptación hereditaria; mas como el tiempo transcurrido es una realidad que ninguna *fictio legis* puede hacer desaparecer, aun-

que de manera formal, para homogeneizar la eficacia retroactiva de la aceptación, se considere y disponga que el plazo se calculará desde la apertura, realmente, en cuanto a fechas concretas, el cómputo se hará desde el particular día en que la herencia fue aceptada. Es esta una interpretación que sin vulnerar la literalidad del precepto permite entenderlo y aplicarlo en forma racional y cónsena con las características sustanciales de la institución en estudio.

A partir del momento en que se realizó la *aditio* comienza a correr, a efectos del calendario, el plazo de cuatro meses previsto en el artículo 1.052 del Código civil. Cuando la aceptación haya sido pura y simple, no se plantea cuestión alguna, pues siendo la situación sucesoral y, en particular, la confusión de patrimonios definitivas decidirán sin prevención los acreedores del causante y los legatarios si les conviene o no invocar la *separatio bonorum*. Otro es el panorama cuando se trate de aceptación a beneficio de inventario, pues en este caso puede suceder que, aun juzgando los acreedores del difunto y los legatarios que es necesaria la actuación del beneficio de separación porque siendo el heredero insolvente el concurso de los acreedores personales de éste puede perjudicar sus derechos, no se acojan a dicho beneficio en base a la consideración de que el de inventario les pone a salvo de la aludida concurrencia, y resultar luego que despojado voluntaria o involuntariamente el heredero del *beneficium inventarii* no puedan aquéllos disfrutar de preferencia para el cobro sobre los bienes hereditarios por haber transcurrido el término de cuatro meses durante el cual se puede obtener la *separatio bonorum*. Aquí en realidad el plazo en cuestión, por su brevedad, puede ser fuente de dolorosas sorpresas ya que el mismo difícilmente consentirá paliar el daño subsiguiente a la pérdida del beneficio de inventario (CICv); por ello, considerando que ambos beneficios pueden coexistir, pues son perfectamente compatibles, y que, como dice Roca SASTRE, el de inventario, por más que produzca resultados más extensos, no hace superfluo el de separación (según se ha visto), es muy de tomar en cuenta la recomendación que formula MESSINEO en el sentido de que es prudente que el acreedor y el legatario no esperen a valerse del remedio de la separación solamente después de la decadencia en el heredero del beneficio de inventario o después de la renuncia al mismo (18).

Y, en fin, para terminar este apartado, una advertencia terminológica. Se habrá observado cómo diversos artículos del Código civil, siguiendo la pauta del Código italiano de 1865, hablan de *pedir* o de *Derecho a pedir* la separación (arts. 1.049, 1.050, 1.052, 1.054 y 1.057). Semejante locución no es exacta.

En el Derecho romano la *separatio* era rogada; los acreedores del causante y los legatarios tenían que solicitarla o pedirla al pretor o al gobernador de provincia, quienes, en base al amplio poder discrecional que les reconocía el Edicto, la concedían o negaban *causa*

(18) MESSINEO, op. cit., VII, p. 283.

cognita, esto es, consideradas todas las circunstancias del caso (19). Mas tal cosa no ocurre en los Derechos modernos, donde el beneficio de separación se configura como un derecho que por ley corresponde directamente a acreedores y legatarios; éstos tienen derecho a la separación y no tan sólo, cual ocurría en el Derecho romano, un mero derecho a impedir o solicitar la separación.

Ahora bien, para que el derecho a la separación produzca los particulares efectos que la ley le reconoce (la prelación en el pago) hace falta, como en cualquier otro derecho, que se actúe, que se haga valer o invoque, en una palabra, que se ejercite en la forma legalmente prescrita; pero una cosa es actuar la separación y otra pedirla o demandarla, ya que en el primer caso no hay que esperar su concesión, mientras que en el segundo debe obtenerse de quien recibió la solicitud.

Desde luego que en el ordenamiento venezolano la *separatio bonorum* se presenta como un derecho que la ley atribuye a acreedores hereditarios y legatarios, y, por tanto, las expresiones pedir y derecho a pedir se han de entender en el sentido de ejercer el derecho a la separación, de lo que ya hay algún parcial atisbo en el propio Código, pues al lado de las locuciones criticadas a veces se utilizan las de "hacer uso del derecho de separación" (art. 1.053) y "derecho a la separación" (art. 1.051) que centran correctamente el instituto.

El Código italiano vigente ha superado la aludida falla terminológica al hablar, con mayor rigor técnico, de ejercicio del derecho a la separación, abandonado la expresión demandar la separación que utilizaba el Código abrogado.

3. Objeto y forma de la separación.

En cuanto, como se sabe, el beneficio de separación no implica en nuestro ordenamiento jurídico un genuino aislamiento de las dos masas patrimoniales (la hereditaria y la del heredero), se explica que el objeto del mismo, su referencia material, venga dado por los concretos bienes hereditarios; ahora bien, por esto mismo, de la misma manera que la separación se puede extender a todos los bienes relictos (separación total) es posible también restringirla a solo los bienes muebles, a solo los bienes inmuebles e, incluso, a alguno o algunos de estos últimos (separación parcial).

Es obvio que en la nominación de bienes muebles e inmuebles hereditarios se incluirán todos los que lo sean de una y otra clase de acuerdo a los distintos criterios que recoge el Código civil: inmuebles por su naturaleza, por su destinación o por el objeto a que se refieren (arts. 526-530 C. c.) y muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley (artículos 531-534 C. c.). Además, como la distinción mueble-inmueble constituye la *summa divisio* en nuestro Derecho (argumento: artículo

(19) D. 42, 6, 1 pr. y 14 BIONDI, *Diritto creditario romano. Parte generale*, Milán, 1954, p. 369.

525 C. c.), la separación abarcará (o podrá abarcar) también los llamados derechos sobre bienes inmateriales o derechos reales incorporales (derecho de autor, propiedad industrial, etc.) que perteneciendo al causante no se extingan por su muerte. Asimismo, en nuestra opinión, como antes se tuvo ocasión de exponer, también los bienes que constituyan objeto de un legado de especie (legado de cuerpo cierto y determinado propio del testador) podrán ser objeto de separación.

La separación se extiende, según resalta DOMINICI, a los bienes que con posterioridad a la muerte del *de cuius* ingresen al patrimonio hereditario por acciones de nulidad, resolución o rescisión (20).

No pueden, en cambio, ser objeto de separación los bienes que, enajenados por el difunto, estén sujetos a colación o reducción, los unos porque la colación opera tan sólo en las relaciones entre los coherederos a los efectos de la partición y los otros porque no entraña en el patrimonio hereditario, sino en el del heredero (21).

Discutido ha sido en la doctrina científica si se incluirán o no entre los bienes susceptibles de separación los frutos producidos por los bienes hereditarios con posterioridad a la apertura de la sucesión. En el Derecho romano eran objeto de inclusión (*fructus augent hereditatem*) situación justificable dado que en él la separación abarcaba la totalidad del caudal relicto; en los Derechos latinos modernos, por el contrario, en cuanto objeto de la separación no es, en principio, el patrimonio del difunto, sino los singulares bienes a él pertenecientes ha de sostenerse la tesis de la exclusión, ya que tales frutos no forman parte de los bienes hereditarios y son adquiridos, como advierten los autores italianos, por el heredero originariamente (22).

Bienes separables son, en línea de principio, todos los bienes que se encuentran en el patrimonio del causante para el momento de su muerte y que no se extingan a causa de ésta. Esta regla, sufre, empero, alguna excepción.

Así, respecto de los muebles ya enajenados por el heredero cuando se ejerce el derecho a la separación, éste, como establece el artículo 1.055 del Código civil, "se referirá únicamente al precio que se deba"; tal norma, pues restringe la esfera de la separación mobiliaria en relación a los muebles enajenados el precio que el adquirente no haya satisfecho todavía (lo que excluye contra el parecer de DOMINICI el juego de la regla *pretium succedit in locum rei* al menos en toda su virtualidad).

¿Por qué se sustraerán a la *separatio* dichos bienes muebles? La doctrina suele argumentar sobre la base de que el adquirente del bien

(20) DOMINICI, op. cit., p. 334. Y, en general, toda adquisición proveniente de la accesión y *ex causa hereditatis*.

(21) CICU, op. cit., I, p. 321.

(22) TUMEDEI, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonia, 1917, pp. 184 y ss. DE SIMONE, *La separazione dei beni ereditari*, op. cit., pp. 144 y ss.; OSTI, *La separazione dei patrimoni e il fallimento post mortem*, Bolonia, 1919, p. 86, etc.

mueble enajenado por el heredero es tercero de buena fe y adquiere su propiedad (MESSINEO), y de que aquí opera el principio general que impide toda acción real contra el tercero poseedor de bienes muebles, aunque se adquiera a *non domino*, siempre que se dé el extremo de la buena fe (AZZARITI y MARTÍNEZ). Por nuestra parte no es que desconozcamos la validez de tales puntos de apoyo ni la evidente conexión que existe entre la norma que excluye de la separación los bienes muebles enajenados por el heredero con anterioridad y el superior principio, que impronta el Derecho patrimonial moderno, de la seguridad o garantía del comercio jurídico mobiliario (seguridad dinámica), pero no por eso dejamos de observar que este principio descansa de manera indefectible sobre la buena fe del adquirente (artículos 794 y 1.162 C. c.) a la que no se alude (ni exige) en el artículo 1.055, y, en consecuencia, creemos que, sin prescindir de la ayuda que para la justificación del precepto en estudio pueden brindar los argumentos reseñados, la circunstancia de la marginación de los bienes muebles enajenados por el heredero debe apoyarse también en la particular naturaleza que reviste el derecho nacido de la separación cuando ésta tiene por objeto bienes muebles. Ya se vio cómo la separación mobiliaria supone para los acreedores y los legatarios separatistas la obtención de un privilegio sobre los bienes separados, y en base al mismo resultaría muy difícil, desde el punto de vista dogmático, permitir a sus beneficiarios la persecución de los bienes muebles hereditarios que salieron de las manos del heredero.

El artículo 1.055 contempla el supuesto de bienes muebles enajenados con anterioridad al ejercicio de la *separatio bonorum*; más, ¿qué ocurrirá si la enajenación de dichos bienes tiene lugar después de haberse ejercitado el derecho a la separación? En el Derecho italiano no hay problema ya que, al considerarse que los bienes muebles separados se encuentran en una situación similar a los puestos bajo secuestro conservativo, los mismos quedan afectados de indisponibilidad, y, en consecuencia, si el heredero los enajena, semejante acto dispositivo carece de efectos en perjuicio de los acreedores y los legatarios separatistas (art. 2.906 C. c. italiano). No ocurre tal cosa en el Derecho venezolano, en el que el heredero podrá disponer eficazmente de los bienes muebles separados, si bien, ahora, la totalidad del precio quedará sujeta a la separación y a sus efectos. La separación mobiliaria ni genera un vínculo de indisponibilidad (del tipo del embargo, por ejemplo) ni constituye a favor de los separatistas un derecho real de prenda y por ello se explica que el *ius disponendi* del heredero quede inalterado en razón de la misma. Es esta, sin duda, una grave anomalía del sistema venezolano de separación, susceptible de afectar perjudicialmente a los derechos de los acreedores del causante y de los legatarios; sus consecuencias negativas, empero, resultarán paliadas en la mayor parte de los casos a través de la subrogación del precio y del ejercicio de la acción pauliana cuando sea procedente. Ya DOMÍNICT, comentando este punto, advertía que "el acreedor tiene dere-

cho de oponerse a la enajenación y hacer embargar el precio si no se ha pagado, pero no puede impugnarla como nula ni perseguir la cosa vendida en poder del adquirente, porque los bienes muebles no son susceptibles de hipoteca, ni las cosas muebles inventariadas para los efectos de la separación de patrimonios se suponen sometidas a la calidad de prendas contra las que se da la acción persecutoria de la cosa” (23).

En fin, aunque el artículo 1.055 del Código civil habla de enajenaciones en general, creemos que el mismo se refiere tan sólo a las enajenaciones onerosas por el específico señalamiento que hace del precio; no establece una regla general en materia de enajenación de bienes muebles hereditarios con antelación al juego del *beneficium separationis*, sino tan sólo la exclusión de dichos bienes cuando hayan sido enajenados en forma onerosa. Por tanto, cuando la enajenación haya sido a título gratuito, en vez de pensar como MESSINEO, que la separación queda prácticamente sin efecto, juzgamos que los bienes enajenados resultan incluidos en la separación porque aquí operará el principio de que ha de ser preferido el interés de los acreedores (*certat de danio vitando*) al de los donatarios (*certat de lucro captando*), aparte del juego, si se dan las condiciones de ley, de la presunción *iuris et de iure* de fraude de los actos a título gratuito del deudor sancionada en el párrafo segundo del artículo 1.279 del Código civil a propósito de la acción pauliana.

Distinto es el régimen legal en relación a los bienes inmuebles hereditarios enajenados o agravados por el heredero antes de que haya tenido lugar la separación. Dichos bienes sí quedan afectados por la *separatio*, de manera que los derechos de los acreedores y los legatarios separatistas prevalecen sobre los que los terceros hayan adquirido *medio tempore*; el derecho de separación viene dotado de eficacia retroactiva. Dispone en tal sentido del artículo 1.056 del Código civil venezolano: “Las hipotecas de los inmuebles de la herencia otorgadas en favor de los acreedores del heredero y las enajenaciones de aquéllos inmuebles, aunque estén registradas, no perjudican los derechos de los acreedores del *de cuius* ni los de los legatarios, siempre que unos y otros hayan llenado los requisitos establecidos en este parágrafo y en los plazos expresados en el mismo”.

Rectamente entendido este precepto significa que si los acreedores del difunto y los legatarios han ejercitado en la forma y dentro del plazo legal su derecho a la separación, la consecuencia jurídica que de semejante actuación se deriva (la preferencia para el pago) no se verá afectada por el hecho de que el heredero haya enajenado o hipotecado bienes inmuebles de la herencia con anterioridad y aunque tales actos dispositivos hayan sido registrados. O, en otras palabras, que cualquiera que sea el comportamiento del heredero respecto a los inmuebles hereditarios, hecha valer la *separatio*, la misma es susceptible de englobar o de tener por objeto a todos ellos precisamente en la

(23) DOMINICI, op. cit., II, pp. 338-339.

misma situación jurídica en que se encontraban para el momento del deceso del causante (retroactividad).

Y se comprende que así sea, pues, en caso contrario, un heredero avisado podría poner en entredicho la prelación entrañada en el beneficio de separación disponiendo o gravando los inmuebles relictos antes de que éste fuese actuado. El alcance práctico de este dispositivo, nos dice en tal sentido MESSINEO, reside en la posibilidad de que el separatista del inmueble quede garantizado contra el peligro de que el heredero, en vista de los derechos de los acreedores hereditarios, enajene o sujete a hipoteca el mismo inmueble; el adquirente o el acreedor hipotecario no es preferido al separatista a pesar de que haya transscrito o inscrito antes que él el respectivo título (24).

No obstante, la admisión (justificada como se acaba de señalar) de esa particular eficacia del beneficio de separación respecto a los inmuebles hereditarios implica un régimen de excepción dentro del campo de la adquisición y prelación de derechos reales en función de la publicidad regital.

En efecto, una vez ejercitado el derecho a la separación, los separatistas obtienen un derecho de hipoteca sobre los inmuebles objeto de separación; si este derecho de hipoteca se sujetase al juego hipotecario normal debería aplicarse al mismo el artículo 1.897 del Código civil, a cuyo tenor "las hipotecas se graduarán según el orden en que se haya registrado, y se registrarán según el orden de su presentación". Mas no sucede tal cosa, ya que si la *separatio bonorum* se hace valer en la forma legalmente prescrita dentro del plazo de cuatro meses, la hipoteca en su virtud generada será preferente, en base al artículo 1.056 citado, frente a cualquier otra que el heredero haya constituido en forma válida con antelación. En el supuesto en estudio, pues, el rango o grado de las hipotecas no se hace depender de la fecha de su registro y tiene lugar una excepción al principio que, bien en su acepción sustantiva pura o bien en su readaptación registral, preside el campo de la adquisición y preferencia de las titularidades reales: el principio *prior tempore potior iure*.

Por otra parte, si operase el sistema normal que hace depender la prioridad de la adquisición de la prioridad de la publicidad registral y que resulta en nuestro ordenamiento al disponer el artículo 1.924 del Código civil que "los documentos, actos y sentencias que la ley sujeta a las formalidades del registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros que por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble" (25), las enajenaciones que el heredero hubiere realizado de inmuebles hereditarios, caso de haber accedido al Registro antes que la constatación registral del derecho a la separación, deberían preveralecer los derechos de los acreedores y legatarios separatistas; mas

(24) MESSINEO, op. cit., VII, p. 285.

(25) Cfr. al respecto nuestra obra, *El tercero registral en el Derecho venezolano*. Caracas. 1967.

no sucede así sino exactamente lo contrario, ya que, como se ha visto, el artículo 1.056 estatuye que las enajenaciones de los inmuebles de la herencia, aunque estén registradas, no perjudican los derechos de los acreedores del de *cuius* ni los de los legatarios que hayan acomodado su actuación a las pautas que la ley prevé en orden al correcto ejercicio del *beneficium separationis*.

Estamos, pues, ante un régimen de excepción; actuado en forma y tempestivamente el derecho a la separación, sus efectos se producen tal cual si el ejercicio hubiera tenido lugar, por lo que hace a los bienes inmuebles, en el mismo instante de la apertura de la sucesión. La actuación dispositiva del heredero resulta inoperante frente a los separatistas; éstos no verán afectada en nada su preferencia para el cobro por el hecho de que terceras personas hayan adquirido derechos sobre los inmuebles relictos; frente a ellos las enajenaciones o gravámenes que practicó el heredero aunque válidos son ineficaces, no les perjudican (ineficacia relativa). “La protocolización a que se contrae el artículo 953 (equivalente en cuanto a los inmuebles al actual 1.054) —escribe DOMÍNICI— produce los efectos de una hipoteca legal anterior, constituida a favor de los acreedores hereditarios que promovieron la separación. Ningún acreedor del heredero puede ejecutar los inmuebles de la herencia comprendidos en la separación de patrimonios, mientras no hayan sido satisfechos los acreedores que obtuvieron aquélla. Si el heredero hubiese enajenado alguno de esos inmuebles o lo hubiese hipotecado a algún acreedor suyo dentro de los cuatro meses en que los acreedores y legatarios de la sucesión pueden solicitar el beneficio mencionado, la enajenación o hipoteca vendría a tierra, si los acreedores o legatarios formalizan en tiempo la separación, que el heredero no puede hacer ineficaz, adelantándose a celebrar actos semejantes” (26).

¿Qué efectos producirá la *separatio bonorum* respecto a las relaciones jurídicas que existían entre el causante y el heredero?

Pensamos que, aceptada la herencia pura y simplemente, la operancia del beneficio de separación, al no provocar una auténtica o sustantiva diferenciación patrimonial, no puede alterar las consecuencias normales de la compenetración o confusión de patrimonios sobrevenidos por la aceptación hereditaria pura.

Si el causante era titular de un derecho real limitado sobre los bienes del heredero o de un crédito contra éste, o a la inversa, la pérdida de la individualidad del patrimonio hereditario, absorbido por el del heredero, que acarrea la *aditio* ordinaria, al hacer coincidir en un mismo sujeto la titularidad del derecho real limitado y la propiedad de la cosa gravada o la condición de acreedor y de deudor en una relación obligatoria da lugar a la automática extinción de las relaciones derecho real-gravamen por consolidación (arts. 619-4.^º, 631 y 750 C. c.) y crédito-deuda por confusión-deuda por confusión (art. 1.342 C. c.). Efecto normal de la confusión de patrimonios, se-

(26) DOMÍNICI, op. cit., II, pp. 337-338.

ñala LACRUZ BERDEJO, es la extinción de las relaciones cuyos términos activo y pasivo se han identificado (27).

Pues bien, si en el Derecho venezolano, al igual que en la mayoría de los ordenamientos sucesorios modernos, la separación de los bienes heritarios no implica rescisión de la aceptación ni tampoco detención, suspensión o enervamiento de la fusión patrimonial, ¿en dónde cabrá apoyar la tesis de la reviviscencia o descomposición de las aludidas relaciones jurídicas reales o credituales? Si, no obstante, la *separatio*, todo sigue igual a efectos sucesorios, y la mejor prueba de ella la hallamos en la continuación de las responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, ¿cómo es posible sostener que algunas de las consecuencias normales de la confusión desaparecen? (28).

Se podría alegar que en cuanto la separación tiene (o puede tener) por objeto todos los bienes que se hallaban en el patrimonio del *de cuius* para el momento de su muerte y que no se extinguieron a causa de ésta, caso de actuarse la misma todo debe volver al estado que tenía en dicho momento y, por ende, en cuanto bienes hereditarios, han de renacer los derechos reales que el causante ostentaba sobre bienes del heredero y los créditos contra éste que era titular. Pero el alegato se desvirtúa con facilidad si se tiene en cuenta que la frase “que no se extinguieron por causa de la muerte” hay que entenderla en una doble vertiente: casos en que la muerte por sí sola y de manera absoluta extingue los derechos del causante (por ejemplo, el usufructo no establecido por tiempo determinado, art. 619-2º C. c.) y casos en que la muerte tiene efectos extintivos precisamente en función de quién sea la concreta persona del heredero (eficacia extintiva absoluta y eficacia extintiva relativa). Ahora bien, si por ser heredero el propietario de la cosa sobre que recaía el *ius in re aliena* que ostentaba el causante o el que era deudor del crédito a éste pertinente, o a la inversa, la consolidación o la confusión sobrevenida determinó la desaparición de tales relaciones jurídicas, es obvio que éstas habrán de incluirse entre los bienes que se extinguieron a consecuencia de la muerte de su titular, máxime al considerar que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento en que se abrió la sucesión y que tal apertura tiene lugar en el instante mismo de la muerte del *de cuius* (arts. 1.001 y 993 C. c.). Y si las relaciones credituales o reales en cuestión perecieron a causa (mediata) del deceso de quien ostentaba su titularidad, evidentemente las mismas no podrán constituir objeto de separación porque a ello se opone, en última instancia, la fórmula misma en que pretendía basarse semejante posibilidad.

Por otra parte, de sostenerse, como hace ROCA SASTRE (aunque en relación al Derecho romano) (29), que la *separatio* suspende la

(27) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 363.

(28) Para una consideración más general del fenómeno de la reviviscencia de las relaciones jurídicas extinguidas por la confusión de patrimonios puede consultarse nuestra obra, *La venta de herencia*, Caracas, 1968, pp. 63 y ss.

(29) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, p. 1132.

eficacia extintiva de la confusión de patrimonios respecto a aquellas relaciones credituales o reales cuyo titular activo fuese el causante, vendría a darse una situación singular. En efecto, cabe admitir que la *separatio bonorum* no tienen incidencia alguna sobre la compensación patrimonial que acarreó la aceptación pura de la herencia como sabe también que la misma dé lugar a una verdadera separación de patrimonios (aunque en este último caso un recurso pensado en función de los acreedores de la herencia viene a coincidir con otro, el beneficio de inventario, pensado para favorecer a los herederos y que, en principio, sólo debe operar a instancia exclusiva de éstos); lo que resulta difícil de justificar es que el beneficio de separación destruya la eficacia extintiva de la confusión tan sólo respecto a aquellas relaciones jurídicas entre causante y heredero cuyo titular fue el primero de éstos, pues en tal caso se producirá una extraña e híbrida situación de confusión e inconfusión de patrimonios que, aparte de las complicaciones dogmáticas que entrañaría, en nuestro ordenamiento jurídico no es fácilmente admisible, ya que en el mismo la extinción por confusión o consolidación opera, en todo caso y sin expresa excepción legal, cuando la cualidad de titular activo y pasivo de una relación jurídica se reúnen en la misma persona. La única forma de no confusión de bienes en la sucesión hereditaria es la global o total, propia de la aceptación o beneficio de inventario, y, desde luego, en la regulación del beneficio de separación no existe ninguna norma que establezca la repristinación de alguna o algunas de las relaciones recíprocas entre causante y heredero caso de actuarse el mismo.

Además, de apoyarse semejante trato diferencial, cual hace ROCA SASTRE, en la circunstancia de que la *separatio* únicamente opera en beneficio de los acreedores del causante y de los legatarios mas no del heredero, siempre se podría replicar, creemos que con efecto neutralizante, que el beneficio si bien no se otorga a favor del heredero tampoco se da contra él, sino frente a sus acreedores personales, y, en consecuencia, no se aprecia cuál puede ser la razón de que el heredero pierda los derechos que ostentaba contra el causante y en cambio tenga que soportar los que a éste correspondían contra él, máxime si se tiene en cuenta que aunque los acreedores del causante contaban en vida de éste para la satisfacción de sus derechos con la garantía que proporcionaba el patrimonio del mismo (situación a la que se orienta en última *ratio* la *separatio bonorum*), tal garantía no excluía las naturales detracciones a causa del pasivo patrimonial del que formaban parte, sin ninguna duda, los créditos que al que después resultó heredero correspondía contra el causante, y que el beneficio de separación no impide que acreedores y legatarios separatistas persigan también los bienes propios del heredero.

Tiene algo de inconsecuente sostener que la *separatio* pueda actuar en forma tan unilateral en lo que respecta a las relaciones entre causante y heredero y eso en el supuesto negado de que la misma sea

susceptible de incidir de alguna manera en las consecuencias extintivas provocadas por la compenetración de patrimonios.

Porque pensamos, en efecto, que en el Derecho venezolano el ejercicio del derecho a la separación por parte de acreedores hereditarios y de legatarios no altera en nada la confusión patrimonial sobrevenida por la aceptación pura y, por ende, que las aludidas relaciones no renacen o se recomponen ni en una ni en otra dirección, al menos desde un estricto punto de vista legal.

Obsérvese, en fin, que en el beneficio de inventario, que importa propia separación de patrimonios, no hay renacimiento de las relaciones entre causante y heredero sino más propiamente impedimento a su extinción, mientras que en el de separación, de admitirse la corriente que criticamos, no dándose más que una mera diferenciación instrumental o técnica, tendría lugar, en cambio, nada menos que una reviviscencia de derechos ya extinguidos, lo que indudablemente supone una situación jurídica más delicada y compleja que la anterior, para cuya existencia, igual que sucede para la provocada por el *beneficium inventarii*, haría falta una expresa y tajante declaración normativa, cosa que no sucede en nuestro ordenamiento.

Cosa distinta es que, como hace notar LACRUZ BERDEJO, en cuanto el efecto extintivo propio de la confusión de patrimonios puede resultar dañoso para los titulares de derechos sobre un *ius in re aliena* o un crédito o un precio dominante, se considere que los mismos no resulten afectados por aquel efecto que es *res inter alios acta*. Piensa tan profundo civilista español que en materia de derechos reales (no en los derechos de crédito, a menos que se considere la obligación como una relación entre dos patrimonios o que se personifique la herencia) puede estimarse que la situación de los terceros titulares interesados en derechos que se extinguén continúa inmutada, y así, por ejemplo, si se trata del acreedor hipotecario cuyo derecho de garantía versa sobre un precio dominante o sobre un derecho de usufructo, y el titular de uno u otro hereda al dueño del sirviente o al nudo propietario, se puede suponer que el predio persevera para el tercer interesado sujeto en la misma forma en que lo estaba al imponer la hipoteca, o que el *ius in rea aliena* persiste en cualesquier manos, para lo cual no es preciso considerar subsistentes en la persona del propietario los derechos extinguidos, sino que basta estimar que el gravamen sujeta, dentro de la propiedad, las facultades que, separadas de ella, constituirían el derecho real limitado en cuestión (30).

Esta interesante y original construcción tiene, sin embargo, algunos puntos débiles, entre los que pueden mencionarse: que se basa sobre una concepción cuantitativa o de suma de facultades de la propiedad que hoy está desplazada por la concepción unitaria u orgánica; que contempla la situación desde una sola de las posiciones en que es posible plantearla, y que, pese a su rigurosa formulación dog-

(30) LACRUZ BERDEJO, op. cit., pp. 363-364.

mática, carece de expresa sanción en el Derecho español, el cual más bien establece lo contrario en algunos supuestos particulares (ordinales, 1.^º, 2.^º y 4.^º del art. 107 de la Ley Hipotecaria).

Tampoco en nuestro Derecho civil tiene acogida legal esta tesis; pero es que aunque la misma hubiese sido admitida, tal admisión en nada contrariaría o desvirtuaría las ideas que venimos sosteniendo en orden al beneficio de separación. Efectivamente, afirmamos que la *separatio bonorum* hecha valer no afecta, por lo que hace a las relaciones jurídicas entre causante y heredero, la confusión patrimonial provocada por la aceptación hereditaria pura; ahora bien, si la ley estableciese que en ciertos casos (los referidos por el profesor LACRUZ) el efecto extintivo propio de la confusión no se produce o no afecta a determinados titulares, no por ello se podría sostener que el beneficio de separación hace renacer los derechos que en su día existieron entre causante y heredero, sino que se trataría sencillamente de dejar las cosas en el mismo estado en que se hallaban con anterioridad al ejercicio del derecho a la separación. De lo que se trata es que la *separatio* no altera las consecuencias de la aceptación de la herencia, y ello sigue siendo verdad tanto cuando la ley incluye entre dichas consecuencias la extinción de ciertas relaciones jurídicas como cuando incluye la persistencia de las mismas. Si hubo confusión de patrimonios, continúa tras la *separatio*; si no la hubo o si se excluyeron algunos de sus normales efectos, la *separatio* respeta también esta situación. Ella de por sí es incapaz de influir en la situación en que hayan quedado los derechos y obligaciones de causante y heredero por virtud de la aceptación de la herencia. Al extinguirse, como lineamiento general, las relaciones jurídicas cuando la posición activa y la posición pasiva de las mismas coinciden en una misma persona, para que tal no ocurra o para que, habiendo ocurrido, se vuelva al estado anterior hace falta (como sucede en el beneficio de inventario) declaración legal manifiesta, y, repetimos, nada se dispone en este sentido a propósito de la separación de bienes.

Finalmente lo dicho habrá de entenderse con las adaptaciones del caso cuando en lugar de heredero único (que es la hipótesis que se ha contemplado en la argumentación anterior) se dé pluralidad de herederos, ya que, como advierte el mismo LACRUZ, en cuanto la extinción por confusión obedece simplemente a la imposibilidad de continuar las relaciones y no al hecho de suceder, cuando haya varios herederos en comunidad, las relaciones entre el aceptante simple y la herencia no se extinguieren por confusión y siguen formando parte del caudal (31).

En cuanto a la forma de ejercitar el derecho a la separación, establece el artículo 1.054 del Código civil: "Cuando alguna de las personas a quienes se refiere el artículo 1.049 (acreedores de la herencia y legatarios), pidiere la separación de patrimonios, se procederá a la formación de inventario solennne de todos los bienes de la

(31) *Ibid.*, p. 365.

herencia, tanto muebles como inmuebles, y terminado que sea se enviará a las Oficinas de Registro de los Departamentos o Distritos a que correspondan las respectivas situaciones de los inmuebles, copia auténtica de las partidas del inventario que se refieran a inmuebles, juntamente con la de la solicitud del peticionario, a fin de que dichas copias sean protocolizadas en los protocolos de hipotecas correspondientes.”

Para que opere, pues, la *separatio honorum* hará falta que alguno o algunos de los legitimados ponga en movimiento el mecanismo previsto en el artículo que se acaba de transcribir. No hay propiamente, pese a la letra de la ley, petición o demanda de separación de patrimonios, sino tan sólo una forma determinada para el ejercicio de un derecho que el ordenamiento jurídico reconoce a los acreedores del causante y a los legatarios: por ello, la mencionada solicitud del peticionario no es otra cosa que la manifestación escrita por parte de los interesados de que desean acogerse a los beneficios que la institución es susceptible de procurarles y de que, en consecuencia, se verifiquen las actuaciones legalmente prescritas al respecto; o, como decía SANOJO, el derecho a la separación se ejerce por medio de una declaración, bastando con que los acreedores y legatarios la hagan para que nazca el derecho que produce la institución (32).

Tal declaración se formula mediante escrito dirigido al Juez de Primera Instancia del lugar donde se abrió la sucesión (último domicilio del *de cuius*). Este procederá a ordenar la formación del inventario solemne de los bienes hereditarios; dado el carácter solemne de dicho inventario deberán cumplirse, de acuerdo al artículo 786 del Código de Procedimiento civil, las disposiciones establecidas en la Sección segunda del Título tercero de la parte segunda del Libro tercero de dicho Código procedural.

Caso de que entre los bienes a separarse haya inmuebles, deben enviarse a las Oficinas Subalternas de Registro correspondientes copias auténticas de las partidas de inventario que se refieran a ellos (donde aparecerán suficientemente especificados mediante el señalamiento de su situación, linderos, cabida y demás circunstancias que ayuden a su identificación), a objeto de que, junto con la declaración misma de los actuantes, se protocolicen en los pertinentes protocolos de hipotecas (en el protocolo primero: art. 57 de la Ley de Registro Público). Si la aludida protocolización deja de practicarse en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que esté situado algún inmueble hereditario sujeto a separación, en cuanto falta un requisito esencial para la operancia del mecanismo en estudio, el derecho de separación no afectará al particular inmueble en cuestión y, por tanto, como advierte SANOJO, “los acreedores personales del heredero tendrán derecho como los del difunto para pagarse del precio de aquellos inmuebles” (33).

(32) SANOJO, op. cit., II, pp. 347-348.

(33) *Ibid.*, p. 348.

A diferencia de lo que sucedía en anteriores versiones del Código civil venezolano, en la actual nada se dice respecto a que en la protocolización debe constar la acreencia o legado de que se trate, el nombre del difunto y el del heredero, si fuese conocido; mas, no obstante, estos datos aparecerán siempre recogidos registralmente en cuanto el artículo 1.054 ordena enviar al Registro copia de la “solicitud del peticionario” (declaración) donde los mismos deberán aparecer. Tampoco dispone el vigente Código que para la protocolización no será necesaria la presentación del título del crédito o legado, mas a esta conclusión permite llegar con facilidad la letra de la norma.

Frente a lo que dispone el Código civil italiano, el venezolano no exige que aparezca mencionada en los libros del Registro la circunstancia de que la protocolización se hace a título de separación de los patrimonios. Dado lo conveniente de una tal mención, creemos que cabe dar entrada a la misma en base a que en el ordinal 5.^º del artículo 90 de la Ley de Registro Público se establece que en la nota de registro, a estamparse en ambos ejemplares del protocolo tras el documento transrito, el Registrador hará constar, amén de las que expresamente se señalan, “cualquiera otra circunstancia concerniente al acto, título o documento que se registra y que sea necesario o interese expresar”; y lo mismo respecto a las copias del inventario registradas, ya que el ordinal 6.^º del mismo artículo de la Ley de Registro Público ordena que en la nota de registro a estamparse al pie del documento incorporado a los protocolos se haga constar, aparte de otras que *in concreto* se mencionan, “cualquiera otra circunstancia referente al documento que se registra y que sea necesario o interese expresar”.

4. *Efectos de la separación.*

Efecto clave y caracterizador de la institución en estudio es el atribuir a los acreedores hereditarios y a los legatarios que la impetraron un derecho de preferencia para el cobro sobre los bienes relictos frente a los acreedores personales del heredero (art. 1.050 Código civil). En íntima conexión con esto y en cuanto la *separatio bonorum* no puede desvincular al heredero, respecto al pasivo hereditario, de la condición de deudor ilimitadamente responsable que adquirió al aceptar la herencia pura y simplemente, se comprende que los acreedores y los legatarios separatistas puedan satisfacerse también sobre los bienes particulares del heredero y que los acreedores de éste puedan dirigirse sobre los bienes hereditarios una vez satisfechos aquéllos.

Mas, ¿cómo iniciará la separación en las relaciones entre acreedores separatistas y acreedores no separatistas? ¿Modificará la *par condicio* de los mismos la circunstancia de que alguno o algunos de los acreedores del causante hayan acudido al beneficio de separación?

Nuestro Código, igual que sucedía en el Código italiano de 1865, no contiene previsión expresa de la cuestión. El único artículo que

cabe utilizar al respecto es el 1.057 a cuyo tenor: "La separación de los patrimonios aprovecha únicamente a quienes la han pedido, y no modifica entre éstos, respecto de los bienes de *de cuius*, la condición jurídica originaria de los títulos respectivos, ni sus derechos de prelación".

Sin embargo, la civilística clásica venezolana, en criterio que compartimos, no dudó en inclinarse a favor de la tesis de que la separación de bienes no alteraba al rango creditual a la sazón existente entre acreedores separatistas y no separatistas, no venía a otorgar a los primeros una prelación frente a los segundos. Escribe en tal sentido SANOJO: "Si, pues, varios acreedores han hecho la declaración sobre separación del patrimonio y otros no, la distribución del precio de los bienes hereditarios será algún tanto complicada. Si todos los acreedores hereditarios son iguales en derechos, se prorratará al producto de los bienes de la herencia y los que han hecho la declaración tomarán para sí exclusivamente la cuota que les corresponde, al paso que los otros tendrán que admitir en la suya una segunda prorrata con los acreedores del heredero. Nada hay que decir del caso en que los acreedores que gozan del beneficio de separación tienen un derecho preferente al de los otros, puesto que tomarán todo el producto de los bienes sin tener que soportar la concurrencia de nadie. Si son los acreedores que no han hecho la declaración los que tienen la preferencia sobre los que la hicieron, también la tendrán sobre los acreedores del heredero, porque como su derecho es preferencia venía del tiempo de la vida de la persona, de cuya sucesión se trata, no pueden menos de ser superiores en derecho a los que obtuvieron al suyo sobre los bienes hereditarios después de aquella muerte. Aquellos acreedores, pues, tomarán para sí y sin ninguna concurrencia todo lo que hayan tomado de aquellos bienes. Por supuesto, si los acreedores que no gozan del derecho de separación han obtenido una prorrata en concurrencia con los que gozan de él, por tener derechos iguales, y los acreedores del heredero tienen preferencia sobre ellos, por haber tomado alguna hipoteca sobre los bienes hereditarios después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, a éstos vendrá la cuota que hayan tomado aquéllos" (34).

También DOMINICI se orienta en la misma dirección: "Algunos acreedores o legatarios pueden haber omitido la solicitud porque se crean bien garantizados o por simple negligencia. Esos quedan envueltos entre los acreedores del heredero, si éste aceptó pura y simplemente. El beneficio no aprovecha sino a los que lo piden, al contrario del inventario, que pedido por uno solo de los herederos favorece a todos.

La separación no altera ni modifica los títulos de los acreedores entre los que la han solicitado: cada uno conserva el derecho que le da su crédito primitivo. Tampoco quedan transformados los títulos de los acreedores que no solicitaron la separación respecto de los que

(34) SANOJO, op. cit., II, p. 349.

la pidieron. Esos están expuestos a sufrir la concurrencia de los acreedores del heredero en los bienes de la herencia, que son para unos y otros prenda común; pero, por lo demás, pueden hacer valer sus derechos a igual de los acreedores y legatarios, como privilegiados, hipotecarios o quirografarios, según su crédito.

Claro es que la separación de patrimonios no da más derecho que garantizar al acreedor el pago de su acreencia con preferencia a los acreedores del heredero, pues en cuanto a los acreedores hereditarios entre sí ellos serán pagados por el orden legal de sus créditos, y si los créditos fueren de la misma naturaleza con igual derecho, salvo lo establecido en el artículo 943, sin distinción entre los acreedores que hayan pedido y los que no hayan pedido la separación.

Agotados o no los bienes de la herencia, los acreedores que solicitaron la separación pueden perseguir los bienes del heredero no beneficiario y, como antes hemos dicho, los acreedores de éste no pueden impedírselo, porque la separación es únicamente en provecho de los acreedores que la obtuvieron” (35).

Eliminadas algunas innecesarias referencias a la forma de distribución del valor de los bienes hereditarios, creemos que ésta es la doctrina correcta en el Derecho venezolano. Sin duda que desde el punto de vista de la equidad es más adecuada la regulación que a la materia da el vigente Código italiano de 1942, pero la misma (o sus conclusiones) no es susceptible de traslado al ordenamiento patrio.

En éste, la circunstancia de que algunos de los acreedores del difunto hayan invocado la separación de bienes no viene a atribuir a los mismos en ningún caso una prelación para el cobro respecto a los que no acudieron al refugio de tal mecanismo protector. Subsiste entre separatistas y no separatistas la posición creditual que *ab origine* se daba entre ellos y no podrán los primeros con base tan sólo en su condición de separatistas pretender postergar en el cobro a los segundos. La *par conditio creditorum* no se altera por causa de la actuación de la *separatio bonorum* por algún sector de los acreedores hereditarios; cosa diferente es, porque aquí es donde precisamente cristaliza la sustancia y finalidad de la figura, que en base a la *separatio gocen* los separatistas de preferencia para el cobro frente a los acreedores personales del heredero y que, por el contrario, los no separatistas se vean privados de tal prelación.

Ello encuadra en forma lógica en el juego del mecanismo. A la muerte de una persona, sus derechos y débitos pasan al heredero, quien deviene nuevo titular activo y pasivo de las relaciones jurídicas de su causante; en adelante no hay más que un único y solo deudor: el heredero (*mors omnia solvit*), y por ello se explica que sobre los bienes de la herencia puedan concurrir no sólo los que en todo momento fueron sus acreedores, sino también los que originariamente surgieron como acreedores del difunto y además que tal concurrencia, salvo causa legítima de preferencia, se realice en plano de igualdad,

(35) DOMINICI, op. cit., II, pp. 339-340.

con derecho igual. Pues bien, si como se sabe el *beneficium separationis* surgió como instrumento puesto a disposición de los acreedores de la herencia para que por su través pudieran evitar tal consecuencia natural de la aceptación sin beneficio de inventario, dañosa e injusta en el caso de heredero abrumado de deudas, se explica que su virtualidad no pueda ni deba llegar más allá de semejante limitado objetivo, careciendo por entero de justificación que además venga a suponer una reordenación creditual de los propios acreedores hereditarios. Se podría objetar, y desde luego se ha objetado, que el recurso protector está a disposición de todos y, por tanto, que los que negligentemente no ha acudido a él deben sufrir las resultas de su falta de actuación. Y claro que las sufren, ya que ellos tendrán que soportar el concurso de los acreedores personales del heredero, cosa que no sucederá con los que previsoramente acudieron a la separación, pero dada la *ratio* de ésta no es posible, al menos en nuestro Derecho, que el comportamiento diligente o negligente de los acreedores hereditarios pueda alterar la paridad creditual entre ellos existentes (en el aspecto externo, se entiende), dando lugar a una nueva prelación.

En efecto, si de acuerdo al artículo 1.050 del Código civil (que de la sustancia y fin de la institución) la separación tiene *por objeto* pagar con preferencia a los acreedores y legatarios que la hicieron valer, se comprende que los restantes artículos del párrafo deba interpretarse en función de este precepto que marca el norte de la figura, y, por tanto, cuando el artículo 1.057 del mismo Cuerpo legal habla de “que la separación aprovecha únicamente a quienes la han pedido”, tal *aprovecha* hay que entenderlo restringido al objeto señalado por el 1.050, esto es, a la preferencia para el cobro sobre los acreedores personales del heredero, sin que quepa derivar del mismo postergación alguna de los no separatistas frente a los separatistas, porque ello no forma parte del objeto (y, por ende, no puede constituir efecto de la *separatio bonorum* en el Derecho civil venezolano).

Pues bien, si de acuerdo al mismo artículo 1.057 la separación no modifica entre los acreedores que la pidieron “la condición jurídica originaria de los títulos respectivos, ni sus derechos de prelación”, y, por otra parte, tampoco otorga a ellos un derecho de preferencia respecto a los que no la pidieron, tendremos en definitiva que esa no modificación del *status quo* que el artículo limita a los acreedores separatistas es extendible a todos los acreedores hereditarios con indiferencia de cual haya sido su actitud frente al recurso separatorio. Todos ellos conservan entre sí el rango o posición creditual que ostentaban para el momento de la muerte del *de cuius*.

No se nos escapa que esta conclusión resultará de difícil encaje dogmático con la naturaleza que, como se vio, atribuye el Código civil venezolano al derecho que surge de la separación cuando ésta tiene por objeto bienes inmuebles, pero, aparte de que la misma ni es injusta ni ilógica, no hay en el Derecho patrio apoyo legal para

llegar a una distinta, amén de que estamos convencidos de que, con todos los problemas teóricos que sea susceptible a plantear, es la única que verdaderamente se adecúa a la razón de ser y finalidad de la figura. Tan es así que el propio Código civil italiano actual, aunque admite la preferencia de los separatistas sobre los no separatistas, sólo lo hace “cuando el valor de la parte de patrimonio no separada habría sido suficiente para satisfacer a los acreedores y a los legatarios no separatistas” (art. 514), es decir, cuando dicha preferencia es inocua para estos últimos; con lo cual el problema dogmático se plantea también en el Derecho italiano.

Mutatis mutandis valga lo dicho en relación a los acreedores hereditarios separatistas y no separatistas para los legatarios de una y otra condición.

5. *Imposibilidad y extinción de la separación.*

Si el heredero paga a los acreedores hereditarios y a los legatarios se comprende que los mismos ya no puedan acudir al beneficio de separación y que éste cese cuando tenga lugar dicho pago, pues en uno y otro caso carece de justificación. Igual sucede cuanto por tratarse de derechos sometidos a condición suspensiva, a plazo inicial o ser controvertidos el heredero diese garantía suficiente de pago a acreedores y legatarios. En tal sentido dispone el artículo 1.058 del Código civil: “El heredero puede impedir o hacer cesar la separación pagando a los acreedores y a los legatarios o dando caución suficiente para el pago de aquellos cuyo derecho estuviere pendiente de alguna condición o de algún plazo, o fuere controvertido.”

La responsabilidad civil por daños extracontractuales (*Torts*) en el Derecho Internacional Privado inglés

MIGUEL DE ANGULO RODRIGUEZ

Doctor en Derecho, Profesor adjunto de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción.—II. El sistema positivo inglés: *a) problemas jurisdiccionales; b) la excepción de los bienes inmuebles sitos en el extranjero; c) normas sustanciales; d) torts marítimos y aéreos; e) el procedimiento.*—III. Una nueva tendencia: “the proper law of the tort”.

I. INTRODUCCION

Posiblemente la tarea más difícil que se presenta al jurista continental, al estudiar el sistema inglés de Derecho Internacional Privado en materia de *torts*, consiste en la exacta delimitación de su contenido, en la interpretación correcta del significado de esta institución jurídica. La palabra *tort*, de origen francés, carece en efecto de una versión castellana ajustada, lo que, unido al hecho de ser su contenido heterogéneo y no asimilable con precisión al de otra institución conocida en nuestro sistema jurídico, obliga a comenzar por una descripción de la materia a examinar, descripción que, por estas razones, será conveniente efectuar por vía negativa.

JENKS ha definido el *tort* como “un ilícito civil, diferente a la ruptura de un contrato, por el cual el *common law* concede una acción procesal para el resarcimiento de daños” (1). JOLLOWICZ, que considera esta rama del Derecho como “the most case law branch”; cree que la nota común a su vario contenido es el indicar “una vía para obtener una compensación económica por daños producidos en materia no contractual” (2). Para WEIR, el Derecho de *torts* “determina

(1) E. JENKS: *The Book of English Law*, 6.^a ed., Londres 1967, p. 333.

(2) J. A. JOLLOWICZ: *Law of torts in the English legal system*, serie de conferencias dictadas en el “Vacation Course for foreign lawyers”, de la Universidad de Cambridge, julio-agosto de 1966; notas personales.

cuando una persona debe indemnizar a otra por daños producidos ilícitamente” (3).

Dentro de la teoría general de las obligaciones, se distingue en el sistema inglés entre cuatro tipos de responsabilidades, en atención a las fuentes de que dimanan, a saber: “contracts”, “negotiable instruments”, “quasi contracts” y “torts”. A tenor de ello, puede deducirse que los *torts* incluyen todas aquellas obligaciones que no están referidas a situaciones de carácter contractual, ampliamente entendidas.

La concepción inglesa del contrato no difiere, en cuanto a su naturaleza y posible contenido, de la institución continental. Tampoco existen discrepancias respecto de las obligaciones quasi contractuales, en las que, partiendo de una relación no contractual entre las partes, se ha operado un supuesto de enriquecimiento injusto que debe ser reparado; es precisamente esa previa relación jurídica la que confiere el carácter quasi contractual a la obligación de que se trate. Los “negotiable instruments”, por su parte, pueden asimilarse genéricamente a los títulos valores, por lo que la responsabilidad que de los mismos pueda surgir pertenece en todo caso a la esfera mercantil.

Quedarian, pues, configurados los *torts* como aquellas acciones u omisiones producidas fuera del contexto de una relación jurídica y que engendran un daño susceptible de ser reparado civilmente. Característica importante de estos hechos o actos la constituye la necesidad de que los mismos no se hallen amparados por la ley; en otras palabras, se exige su “no legalidad”, lo que es diferente de predicar su ilicitud, aun cuando esta última se produzca generalmente, por suponer contravención del principio general de “neminem laedere” en que este tipo de responsabilidad tiene su origen. La responsabilidad por *tort* comprenderá, entonces, supuestos tan diversos como la responsabilidad dimanante de una infracción penal de accidente de tráfico, marítimos y aéreos, o de cualquier ingerencia en el uso y disfrute de una propiedad, por ejemplo (4). En este sentido, creo que puede establecerse una equiparación entre la “tortious liability” y la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que, como el profesor GULLÓN BALLESTEROS ha señalado, “da idea de la producción de un daño a otra persona sin que exista una previa relación jurídica entre el autor del mismo y esta última” (5); por su parte, SANTOS BRIZ indica que la responsabilidad extracontractual es la que “viene determinada por los actos u omisiones, que, sin afectar a una relación preexistente, produzcan una consecuencia dañosa generadora de (...) responsabilidad” (6).

El contenido del Derecho de *torts* se muestra así de una gran am-

(3) T. WEIR: *A casebook on torts*, Londres 1967, p. 1.

(4) En la obra citada de JENKS, p. 337 y ss., se examinan diferentes supuestos, agrupados en veinte causas genéricas de *tort*.

(5) A. GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid 1968, p. 472.

(6) . SANTOS BRIZ: *Derecho de Daños*, Madrid 1963, p. 54.

plitud, que dice mucho de su importancia. En la práctica, son muy numerosos los casos que, abiertamente o de modo encubierto, encierran reclamaciones económicas por daños producidos con el carácter antes enunciado. Esta amplitud de contenido se acentúa en el sistema jurídico inglés que, por su especial casuismo y la variedad peculiar de sus acciones procesales, ha constituido una auténtica rama del Derecho en torno a esta materia, tratando así de aunar, como en cajón de sastre, conceptos e instituciones muy diversos.

La legislación inglesa sobre *torts* es escasa y siempre marginal, por lo que puede afirmarse que su regulación es jurisprudencial, reforzando de este modo la nota judicialista típica del mundo jurídico anglosajón. Este judicialismo obliga a un examen "caso a caso" de los diversos problemas planteados y a un análisis eminentemente jurisprudencial —más pragmático que teórico— de los mismos.

Finalmente, debe observarse que, incluso dentro del territorio de la Gran Bretaña, no puede hablarse de uniformidad jurídica: legislaciones y jurisdicciones distintas rigen en Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte e Islas del Canal. Por ello, lo que a continuación se califica de sistema inglés no constituye sino la normativa vigente en el territorio inglés propiamente dicho y en el país de Gales, diversa en frecuentes puntos de la de los territorios antes enumerados y, especialmente, del Derecho escocés de amplia influencia romana.

II: EL SISTEMA POSITIVO INGLES

A los efectos del Derecho Internacional Privado inglés, únicamente son relevantes aquellos *torts* ocurridos fuera del territorio de su jurisdicción: "cuando un acto ilícito civil ha sido íntegramente cometido en Inglaterra, ningún elemento extranjero del caso, como puede ser, por ejemplo, la nacionalidad de las partes, es relevante en cuanto a la responsabilidad y la cuestión no afecta al Derecho Internacional Privado" (7). El "foreign place of commission" se muestra así imprescindible para que los elementos extranjeros que puedan existir en el supuesto sean tomados en consideración y entre en juego el sistema conflictual inglés. Tratándose, por el contrario, de *torts* ocurridos en Inglaterra, no van a existir problemas de jurisdicción competente ni de legislación aplicable, siendo exclusivamente el foro inglés y su ordenamiento jurídico material los que intervengan en el supuesto.

El problema estará frecuentemente en la determinación de cuál sea

(7) Szalatnay-Stacho v. Fink, en 1947, ante el "King's Bench Division of the High Court", Cfr. R. H. GRAVESON: *The Conflict of Laws*, 5.^a ed., Londres 1965, p. 501. G. C. CHEHIRE: *Private International Law*, 7.^a ed., Londres 1965, p. 252 y ss. La obra colectiva *Dicey and Morris on the Conflict of Law*, 8.^a ed., Londres 1967, p. 909 y ss. (el capítulo dedicado a *torts* se debe a O. KAHN-FREUND).

el lugar de comisión. Y es que, a veces, la causa de un acto no procede de una acción u omisión aislada, sino de una cadena de ellas; otras, el acto tiene lugar en territorio no sometido a ordenamiento jurídico alguno; por último, puede suceder que el acto ocurra en varios países distintos, simultánea o sucesivamente. La jurisprudencia inglesa ha arbitrado una solución flexible y discrecional para esta cuestión: será decisivo aquel lugar en el que, dentro del proceso de actos conducentes al *tort*, se realizó la acción específica por cuya causa se produjo el daño, o en el que tuvo lugar la omisión del acto debido, causa en definitiva de dicho daño. La apreciación más concreta de cuál fuera ese lugar y esa acción u omisión específica se efectuará discrecionalmente por el Tribunal, lo que, en último término, obliga a estar a las circunstancias de cada caso en concreto (8).

A) *Problemas jurisdiccionales:*

Se ha anunciado un planteamiento jurisdiccional de los problemas. Por ello, debe indicarse ahora el condicionamiento establecido por los Tribunales de la Corona para la asunción de competencia en los supuestos de *torts* cometidos en el extranjero. Este condicionamiento se constituye por la exigencia de un doble requisito: de una parte, la existencia en el caso de una conexión o elemento que lo enlace con la jurisdicción inglesa; y, de otra, la notificación personal al demandado del comienzo de los procedimientos instituidos en su contra.

En cuanto a la conexión que ha de atribuir competencia a la jurisdicción inglesa para conocer del caso concreto, ésta puede ser de naturaleza muy diversa, como diversos son los tipos de *torts* susceptibles de presentarse. Varían desde la nacionalidad inglesa de una o ambas partes, a la existencia en Inglaterra de bienes que se pretenda afectar a la responsabilidad reclamada, la presencia en Inglaterra del buque inglés o extranjero envuelto en una colisión en alta mar, o, simplemente, la difusión en territorio inglés de un artículo difamatorio (9). Habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso, si bien puede afirmarse que la interposición ante un Tribunal inglés de una demanda por *tort* cometido en el extranjero presume, generalmente la existencia de una conexión del tipo señalado, ya que el interés del actor en reclamar ante este foro estará fundado en un elemento que, normalmente, será suficiente para atribuirle competencia internacional.

Por otra parte, nos encontramos en una materia en la que juegan las "acciones in personam" o "inter partes", en la terminología que

(8) George Monro Ltd. v. The American Cyanamid and Chemical Corporation, en 1940 ante el K. B. D. Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 254 y ss.; GRAVESON, op. cit., p. 507 y ss.; DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 947 y ss.

(9) Habida cuenta de lo heterogéneo de los supuestos susceptibles de presentarse, es inútil la tentativa de catalogar las conexiones a que ahora se está haciendo referencia.

prefiere CHESHIRE (10). En este tipo de actuaciones procesales, la jurisdicción aparece fundada en la posibilidad de ejercer control físico sobre la persona del demandado, exigiéndose, por tanto, su presencia dentro del territorio de la soberanía, en orden a que la entrega del "writ" o cédula de emplazamiento pueda efectuarse personalmente al demandado. Como indicaba LORD HALDANE, los jueces administran justicia en nombre del Rey, por lo que su jurisdicción se extiende a cualquiera a quien, notificándose el comienzo de los procedimientos, puedan compelir a acatar su mandato y, únicamente, cuando esa notificación, legalmente realizada, se haya producido (11). En definitiva se trata de un reflejo de la concepción de la "allegiance" o relación de dependencia del súbdito a la Corona.

En términos generales, se puede señalar cómo, tratándose de personas físicas, la dificultad que presenta esta peculiar regulación del problema estriba en la falta de distinción entre la mera presencia de la persona en suelo inglés y su residencia en el mismo con mayor o menor habitualidad. En todo caso, existe abudante y casuista jurisprudencia sobre la necesidad de que el emplazamiento se produzca sin fraude al procesado (12).

Las personas jurídicas deben ser emplazadas mediante notificación personal a su legítimo representante, entendiéndoselas, a este fin, físicamente presentes en Inglaterra cuando aparecen inscritas en el Registro de Sociedades prevenido al efecto —en él consta la persona legitimada para recibir la notificación—, cuando tienen su sede social o comercial en el territorio de la jurisdicción inglesa, mantienen transacciones en el mismo, o allí desarrollan alguna actividad mediante Delegación o Agencia autorizada (13).

En cuanto a la posibilidad de iniciarse un procedimiento contra persona ausente del territorio soberano inglés, debe tenerse en cuenta la existencia de una sola vía, la ofrecida por la "Order XI" de las "Rules of the Supreme Court". Conforme a ella, en los supuestos que específicamente se mencionan, cabrá solicitar autorización del Tribunal para que el emplazamiento o entrega del "writ" se efectúe fuera del territorio de la jurisdicción. En la materia que nos ocupa, únicamente interesa la posibilidad que se ofrece de demandar al ausente, cuando se trate de persona domiciliada u ordinariamente residente en

(10) G. C. CHESHIRE, op. cit., p. 76.

(11) John Rukssell & Co. Ltd. v. Cayzer, Irvine & Co. Ltd., en 1916 ante el "Admiralty Court".

(12) Es curioso constatar que, cuando se trata del reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada en el extranjero, el sistema inglés de Derecho Internacional Privado exige para considerar competente a la jurisdicción extranjera, la residencia del demandado, no bastando con su mera presencia en aquel territorio. Así el "Foeing Judgments (Reciprocal Enforcement) Act" de 1933, sect. 4 (2) (a) (IV).

(13) "Companies Act" de 1948, sect. 407 y ss. La posibilidad de que una sociedad extranjera sea demandada ante la jurisdicción inglesa se encuentra reconocida desde el caso *Newby v. Van Oppen*, resuelto en 1872 por el Q. B. D.

Inglaterra (14). Los demás supuestos recogidos en esta disposición son inoperantes a los efectos que aquí interesan, y especialmente el que autoriza la entrega del "writ" en el extranjero cuando se trata de *torts* cometidos dentro de la jurisdicción de la Corona (15), pues, como ya se ha indicado, este tipo de ilícitos no afecta al Derecho Internacional Privado al estar íntegramente sujetos a la jurisdicción y legislación interna inglesas, no permitiendo la aplicación de las normas internacionalprivatistas.

B) *La excepción de los bienes inmuebles sitos en el extranjero:*

El sistema positivo inglés clasifica los bienes, en el plano puramente interno, como "realty" o "personalty", correspondiendo el primer tipo de ellos a los "freeholds interests" (derechos absolutos o ilimitados) sobre la propiedad, y el segundo a las restantes formas de derechos que puedan incidir sobre ella, tal como la hipoteca o el arrendamiento, por ejemplo. Pero esta distinción no ha sido llevada al campo del Derecho Internacional Privado, porque únicamente es compartida por algunos países de la *Commonwealth* y, más técnicamente, porque la diferenciación afecta más que a la naturaleza de los bienes, a los derechos sobre los mismos. De ahí que, en relación a los supuestos de tráfico externo, se utilice la clasificación de los bienes según su naturaleza mueble o inmueble.

Las normas que permiten la asunción de competencia por la jurisdicción inglesa en materia de *torts*, quiebran cuando la reclamación económica envuelve alguna consideración en torno a bienes inmuebles de situación extranjera. Ello obedece a la constante preocupación de los Tribunales ingleses por el principio de la efectividad del pronunciamiento jurisdiccional, que se traduce en la incompetencia del foro inglés en todo proceso que implique o pueda implicar juicio sobre la titularidad de un inmueble sito en el extranjero. Se evita así que, de modo indirecto, pueda obtenerse una sentencia inglesa sobre la titularidad de un inmueble extranjero, planteando el proceso sobre términos distintos, como podría ser la alegación de un *tort* referido a dicho inmueble.

El caso "British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique" (16) puede ilustrar las anteriores afirmaciones: en aquel proceso, la compañía portuguesa reconvenía a la actora por "trespass" —figura de *tort* que recoge la invasión de la propiedad privada—, lo que

(14) *Rules of the Supreme Court*, Order XI, 1, 1 (c).

En cuanto al concepto inglés del domicilio, decía LORD CRANWORTH: "By domicil, we mean home, the permanent home, and if you do not understand your permanent home, I'm afraid that no illustration drawn from foreign writers will very much help you to it" (en Whicker v. Hume, en 1858 ante la Cámara de los Lores).

(15) *Rules of the Supreme Court*, Order XI, 1, 1 (h).

(16) En 1893 ante la Cámara de los Lores. Cfr. CHESHIRE, op. cit., página 504; DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 148 y ss., y 918.

únicamente le sería admitido en tanto fuese la propietaria de las tierras en que tuvieron lugar los hechos ilícitos. La Cámara de los Lores se negó a adjudicar sobre el título discutido y, consecuentemente, desestimó la reconvenCIÓN. Aunque, como se advierte, la sentencia incidía más sobre la titularidad del inmueble extranjero que sobre el *tort* alegado, por la mecánica de la doctrina del precedente, quedó sentado el principio de la incompetencia de la jurisdicción inglesa para conocer de *torts* cometidos en el extranjero en relación a un inmueble, sito también en el extranjero, discútase o no su título.

C) *Normas sustanciales:*

Pero además de estos requisitos, de carácter eminentemente procesal, para que sea posible el planteamiento de un litigio por *tort* cometido en el extranjero ante un Tribunal inglés, se requiere el cumplimiento de una doble exigencia. En las palabras del juez WILLES:

“Como regla general, para entablar en Inglaterra un proceso por un ilícito que se alega ha tenido lugar en el extranjero, debe cumplirse con dos condiciones. Primera, el ilícito debe haber sido de tal naturaleza que hubiera sido susceptible de crear una acción si se hubiese cometido en Inglaterra (...). En segundo lugar, el acto no debe haber sido justificable conforme a la ley del lugar donde fue realizado” (17).

Se trata, pues, de que el hecho del que se reclama responsabilidad sea susceptible de calificarse como *tort* en el sentido inglés de la institución, a cuyo efecto se permite alegar todo tipo de excepciones procesales y sustanciales, que podrían utilizarse si el hecho en cuestión hubiese ocurrido dentro del territorio del foro inglés. De otra parte, se hace una concesión al sistema legal extranjero relevante, al exigirse la no justificación por referencia al mismo, del acto que engendra la responsabilidad, buscando así un mínimo de armonía entre los ordenamientos.

En cuanto a la primera de las exigencias, es ilustrativo el caso “The Halley” (18), en el que se trataba de reclamar una compensación económica a los propietarios de aquella embarcación, en base a unos daños causados por la misma cuando navegaba bajo el control de un “práctico” belga en aguas de este país; la presencia de este piloto, impuesta por la ley belga, no determinaba, según el Derecho inglés, la responsabilidad subsidiaria de los propietarios (19). El

(17) En Phillips v. Eyre, en 1870 ante el Q. B. D. Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 242 y ss. GRAVESON, op. cit., p. 503 y ss. DICEY AND MORRIS, op. cit., página 920 y ss.

(18) En 1868 ante el Probate Court. Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 242 y ss. GRAVESON, op. cit., p. 503 y ss. DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 910 y ss.

(19) Este punto fue reformado por la “Pilotage Act” de 1913.

Tribunal desestimó la demanda, entendiendo que, a diferencia con la materia contractual, en la "tortious liability" las divergencias entre la ley del foro y la extranjera relevante llevan a rechazar la aplicación de esta última. Esta sentencia podría explicarse como una intervención del orden público inglés, reflejado en el Estatuto de la Marina Mercante de 1854, que rechaza toda legislación extranjera contraria. Sin embargo, el mecanismo por el que se llega a alcanzar la decisión aparece posteriormente confirmado en otros casos, lo que la hace perfectamente válida a nuestros efectos.

En cuanto a la exigencia de no justificabilidad del *tort* por referencia al sistema legal del lugar de comisión, debe especificarse que no se trata de pedir la ilegalidad del acto de acuerdo con el mismo, sino de prevenir el que sea legal, el que esté permitido. No se quiere que suceda como en "Machado v. Fontes" (20), el absurdo de conseguirse en Inglaterra una indemnización económica por un acto difamatorio cometido en el Brasil, cuando de acuerdo con este sistema legal tal conducta sólo engendra responsabilidad criminal sin compensación económica alguna. En definitiva, lo que se busca es impedir que una sentencia inglesa vaya más allá de lo que la ley extranjera relevante permite.

Possiblemente, los hechos de "Phillips v. Eyre" (21), *leading case* en esta materia, aclaren la postura adoptada por los Tribunales de la Corona. Se trataba allí de una acción entablada contra un ex Gobernador de Jamaica por la detención ilegal practicada al actor, durante una rebelión de la colonia. La conducta del demandado, ilegal según las leyes entonces vigentes en Jamaica, fue posteriormente condonada por un "Act" de amnistía aprobado por la Cámara local con anterioridad a la interposición de la demanda. La sentencia del "Queen's Bench" fue absolutoria, estimando que no era justo conceder lo que el país del *locus delicti* hubiese denegado. Esta alusión a la justicia no es casual, ya que en el orden de la práctica, la búsqueda de lo más justo deja de ser principio de política legislativa y argumento de base para la fundamentación del Derecho Internacional Privado, y pasa a ser motivación concreta de cada fallo; la pregunta formulada por LORD SIMONDS, "¿Qué exige la justicia en un caso como éste?" (22), se repite expresa o veladamente en toda la jurisprudencia inglesa.

De otra parte, el *tort* por el que se reclama responsabilidad puede

(20) En 1897, ante el Q. B. D. Esta sentencia ha sido objeto de durísimas críticas por la doctrina e incluso por la jurisprudencia posterior. Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 247 y ss. GRAVESON, op. cit., p. 505. DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 923 y ss.

(21) *Ante*, nota (17).

(22) En Metliss v. National Bank of Greece & Athens, ante el "Admiralty Court" en 1958. R. H. GRAVESON ha constatado este fenómeno en su *Judicial justice as a contemporary basis in the english conflict of laws*, colaboración al "XXth Century Comparative and Conflict Laws", homenaje a H. YNTEMA, Leyden 1961, p. 307 y ss.

resultar indirectamente justificado, si la persona demandada en el foro inglés es distinta de la legalmente responsable en el país de comisión del ilícito. Así, en "The Mary Moxham", el Tribunal consideró que "in casu" la ley extranjera relevante, la española, no responsabilizaba subsidiariamente al propietario del buque por la actuación de su capitán y, consecuentemente, absolvió la demanda (23). Con mayor precisión, en "M'Elroy v. M'Alister" (24), se afirmó el principio de la necesaria identidad de la persona legitimada para hacer la reclamación del *tort* cometido, de acuerdo con los dos sistemas jurídicos envueltos, el del foro y el extranjero. Esta exigencia es especialmente interesante, si se tiene en cuenta la diferente regulación de los sistemas inglés y escocés respecto de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de acción en *torts*, no reconocida por el último.

De todo ello puede deducirse, en primer lugar, que dentro del sistema inglés de Derecho Internacional Privado la regulación legal del *tort* aparece íntimamente ligada a los problemas jurisdiccionales que su conocimiento judicial plantea. De otra parte, la postura adoptada por los Tribunales ingleses supone una combinación de la aplicabilidad de dos ordenamientos jurídicos: la "lex fori" y la "lex loci delicti commissi". La primera de ellas va a jugar, con independencia de su papel en los problemas de orden público, calificaciones, etc., una importante función, al exigirse la perfecta adecuación del supuesto a la institución tipificada en el ordenamiento inglés.

El juego de la "lex loci" es más complejo, pues si cabe enunciarlo de un modo general —no justificación del *tort* por referencia a ella—, son seis los aspectos que, siguiendo a CHESHIRE (25), la ley extranjera regula:

1. No será eficaz la acción cuando la "lex loci" no atribuya responsabilidad o lo haga a persona distinta al demandado ante el foro inglés.
2. El demandado podrá utilizar cualquier causa de exención de responsabilidad admitida por la "lex loci".
3. Si la ley extranjera atribuye la responsabilidad *ex lege* y no

(23) En 1897, ante el P. C. Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 249. GRAVESON, op. cit., p. 506. DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 923 y ss. No obstante, el artículo 826 del Código de Comercio español dispone que "si un buque abordase a otro por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquiera individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial". Ignoro si la conclusión a que llegó el Tribunal, respecto al tenor del Derecho español aplicable, fue deducida de una equivocada prueba del mismo, o de la invocación de alguna causa de exención de esa responsabilidad, como podría ser el incumplimiento de lo prevenido en el artículo 835 del citado cuerpo legal.

(24) Se trata de un caso escocés, resuelto por aquellos Tribunales en 1949. Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 244 y ss; GRAVESON, op. cit., p. 509; DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 934 y ss.

(25) CHESHIRE, op. cit., p. 249 y ss.

ex delicto (así, por ejemplo, en materia de accidentes laborales), no procederá la acción por *tort* ante el foro inglés.

4. Será admitida la exención de responsabilidad prescrita retroactivamente por la ley del lugar de comisión del ilícito.

5. No podrán seguirse procedimientos por *tort* ante los Tribunales ingleses, cuando, según la ley extranjera del lugar de comisión, el ilícito sea perseguible sólo “*ex officio iudicis*” y no a instancia de parte.

6. No prosperará la acción si la responsabilidad que se trata de probar ante el foro inglés es de naturaleza distinta a la originada de acuerdo con la “*lex loci delicti commissi*”.

D) “*Torts*” marítimos y aéreos.

Tratándose de *torts* cometidos en las aguas territoriales inglesas, no existirá problema por considerarse cometido dentro de la jurisdicción y se aplicará el Derecho material inglés. Si ocurriera en alta mar, caben dos posibilidades: que se afecte a una única nave o a varias. Si es un acto ilícito cometido en alta mar, que únicamente envuelve en sus consecuencias a un navío, sin que sus efectos trasciendan a otros o a tierra —tal sería el caso de una difamación radio-difundida, por ejemplo—, no existe duda alguna sobre la aplicación del “*law of the flag*” o ley del pabellón; cuando se pretenda reclamar ante los Tribunales ingleses en base a ese tipo de *torts*, bastará con probar que se adecúa al sentido inglés de la institución y que, según la ley del pabellón, no estaba justificado.

Pero si el *tort* afecta a dos o más buques, serán relevantes las normas del Derecho Marítimo General que, en cuanto aplicado por la “Admiralty Division of the High Court”, se considera integrante del Derecho material inglés. A este efecto, es indiferente que los navíos afectados sean del mismo país. Estas mismas normas serán aplicadas cuando la colisión, por ejemplo, se produzca contra un objeto estacionario en alta mar, como un cable submarino o un pozo petrolífero (26).

Los *torts* ocurridos en el curso de la navegación aérea han sido regulados por diferentes tratados internacionales que, por subsiguientes “*Acts*”, han sido incorporados al Derecho material inglés. Así sucedió con el Convenio de Varsovia de 1929, revisado en 1955, convertido en Derecho interno por el “*Carriage by Air Act*” de 1932, que se revisó y amplió en 1961 y 1962; el Convenio de Chicago de 1944 sobre Aviación Civil Internacional fue recogido por la “*Civil Aviation Act*” de 1949. Según las normas contenidas en los mismos, no cabe alegar “*trespass*” del espacio aéreo de los Estados partes,

(26) Cfr. CHESHIRE, op. cit., p. 257 y ss.; GRAVESON, op. cit., p. 511 y ss.; DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 951 y ss.

si bien los daños materiales que puedan producirse serán debidamente indemnizados.

Una acción por *tort* cometido en el espacio aéreo de cualquiera de los Estados parte en los Convenios citados, puede ser interpuesta a elección del demandante: ante los Tribunales del país de residencia de la compañía aérea; de su principal sede de negocios; del país en el que se concluyó, directamente o por agente autorizado, el contrato de transporte; ante los del país de destino. El derecho de acción por *tort* aéreo prescribirá a los dos años de su comisión, estableciéndose que la forma de cómputo, como todas las materias de procedimiento, se regularán por referencia a la "lex fori".

E) *El procedimiento.*

Antes de terminar con estas notas sobre la regulación positiva de los *torts* en el Derecho Internacional Privado inglés, deben consignarse algunas nociones sobre materia procedural, de indudable trascendencia en un sistema tan judicialista como el que nos ocupa, especialmente si se quiere conseguir una visión pragmática de los diversos problemas.

Hay que anotar, en primer lugar, que toda cuestión referente al procedimiento se gobierna en su integridad por referencia a la "lex fori" inglesa. La duda se va a presentar frecuentemente en la calificación de si determinada materia es procedural o de fondo. Esa calificación, que se efectúa conforme a la ley material inglesa —según la tesis técnicamente denominada "lex civilis fori"—, permitirá distinguir los medios de aplicación de un derecho subjetivo y las normas que lo crean o amparan; en palabras de LORD LUSH, "la maquinaria como diferente del producto" (27).

Los principales problemas planteados en este punto se refieren a la valoración de los daños, que serán estimados de acuerdo con la "lex fori" inglesa; de este modo, aunque la ley extranjera relevante permita una revisión periódica de los mismos, el Tribunal inglés, siguiendo sus propias normas nacionales, los estimará de una vez por todas (28). Hay que registrar, sin embargo, una tendencia a aplicar analógicamente el principio seguido en materia contractual, por el que la investigación de las pérdidas sufridas a causa de la ruptura de un contrato se considera cuestión de fondo y no de procedimiento, es decir, se aplica el ordenamiento que rige la obligación contractual y no el Derecho del foro (29).

Esta tendencia se contrarresta, no obstante, por tres normas procesales bien definidas: 1) ante la jurisdicción inglesa, el actor no

(27) En *Poyser v. Minors*, ante el Q. B. D. en 1881.

(28) *Kohnke v. Karger*, ante el K. B. D. en 1951.

(29) *D'Almeida Araujo v. Sir Frederick Becker & Co. Ltd.*, ante el Q. B. D. en 1953.

podrá reclamar la compensación económica prevenida por la "lex loci" extranjera, si conforme al Derecho material inglés no ha lugar a compensación de ninguna clase; 2) el Derecho del foro señala el límite máximo de la compensación; 3) la relación de causalidad entre la conducta y el daño —elemento de enorme importancia en este tipo de responsabilidad—, así como la intensidad de este último, será discernida de acuerdo con el Derecho inglés *qua fori* (30).

En cuanto a la alegación y prueba de la ley extranjera, el actor se limitará a alegar la comisión del ilícito y mostrar su carácter procesable en Derecho inglés, por implicar "tortious liability". Dejará al demandado la tarea de alegar y probar que dicho acto estaba justificado por la ley extranjera relevante, la del lugar de comisión. En este sentido cabe afirmar, con COLLINS, que estas reglas "operan normalmente en favor del actor, pues la ley extranjera parece relevante únicamente como excepción procesal" (31).

En este punto puede registrarse el paralelismo que *mutatis mutandi* existe entre la regulación inglesa de los *torts* en Derecho Internacional Privado y lo que dentro de los distintos ordenamientos nacionales ha supuesto la aparición en el campo de las obligaciones extracontractuales de la responsabilidad objetiva. En efecto, este tipo de responsabilidad opera un cambio en el juego de las presunciones de culpabilidad, comportando para el ofendido una liberación de la carga de la prueba que ahora va a pesar, en sentido contrario, sobre la persona del agente hasta tanto destruya la relación, creada por ficción legal, entre riesgo y culpa (32).

Problema importante, dentro de las cuestiones de procedimiento, lo presenta el tratamiento asignado a la ley extranjera declarada aplicable, cuya solución se encuentra establecida jurisprudencialmente en Inglaterra desde el siglo XVIII y se concreta, según CYRILLE DAVID (33), en las siguientes afirmaciones: "el Derecho extranjero debe ser no solamente probado, sino también alegado como cualquier otro hecho. El juez no puede jamás aplicarlo de oficio, pues no debe introducir en el litigio ningún hecho que no haya sido invocado por las partes: de otro modo, violaría el principio dispositivo, al que los ingleses se atienden especialmente". Y es que, para los Tribunales de la Corona, "that foreign law is applicable is a point of law, but what the foreign law is, is a question of fact" (34), según resumiera el profesor KAHN-FREUND; y en presencia de un hecho o de un elemento tratado como tal, habrá de estarse a su alegación y prueba

(30) Casos Phillips v. Eyre y The Halley, citados en notas (17) y (18) respect.

(31) L. COLLINS: *Interaction between contract and tort in the Conflict of Laws*, "International and Comparative Law Quarterly", enero de 1967, p. 142.

(32) A. GULLÓN BALLESTEROS, op. cit., pp. 474 y ss.

(33) C. DAVID: *La loi étrangère devant le juge du fond*, París, 1965, p. 28. Constituye un estudio comparado del tratamiento procesal del Derecho extranjero en Alemania, Estados Unidos, Francia e Inglaterra.

(34) DICEY AND MORRIS, op. cit., p. 946.

suficiente, debiendo efectuarse esta última, según las normas procesales pertinentes, por medio de la pericia.

No obstante, las "Acts" de 1851, 1859, 1861, 1890, 1920 y 1933 contienen disposiciones que permiten al juez "the judicial ascertainment of foreign law" en determinados casos; esta investigación de oficio del Derecho extranjero se arbitra especialmente respecto de los países sometidos al Reino Unido de la Gran Bretaña o en los que éste goza de jurisdicción extraterritorial (35).

En defecto de alegación o prueba suficiente de la ley extranjera se aplicará la inglesa, en virtud de la existencia de una presunción *iuris tantum* de identidad entre los ordenamientos extranjero e interno. Solución ésta que se refuerza en materia de *torts*, ya que, si la alegación y prueba del Derecho extranjero constituye una carga procesal que obliga al demandado, en su ausencia prosperará la pretensión cuyo apoyo jurídico estriba en las normas de la "lex fori".

III. UNA NUEVA TENDENCIA: "THE PROPER LAW OF THE TORT"

Si el planteamiento jurisdiccional y casuístico con que aparece tratada la "tortious liability" constituye un acierto en materia tan heterogénea y varia, no por ello se puede mantener la excelencia de la regulación inglesa en este campo. Y es que ese casuismo, lógicamente, debería implicar un acentuado interés por las circunstancias concretas de cada caso, por sus elementos individualizadores. Y, sin embargo, no es así: la rigidez de las normas establecidas impide en muchos casos una solución flexible y justa, al desconocerse las frecuentes diferencias entre distintos supuestos de *torts*.

La regulación inglesa de los *torts* se articula en base a la combinación de dos ordenamientos jurídicos: la *lex fori* y la *lex loci delicti commissi*. Pero esta última queda reducida al simple cometido de mostrar que el ilícito no se halla amparado ni permitido por ella; opera más como una excepción que como regla. De otra parte, la amplitud de la materia considerada como procedural limita estrechamente el campo de aplicación de la ley extranjera.

En este sentido, puede afirmarse el "nacionalismo" de la solución inglesa, siguiendo la ya clásica tesis de KAHN-FREUND (36), en cuanto que la proporcionalidad entre la aplicación del Derecho del foro y el extranjero crece considerablemente a favor del primero, en per-

(35) Cfr. R. H. GRAVESON, op. cit., pp. 531 y ss.

(36) O. KAHN-FREUND: *The growth of internationalism in English Private International Law*, Jerusalén, 1960. Se trata de un ciclo de tres conferencias profesadas en la Hebrew University. Cfr. Recensión en la "Revista Española de Derecho Internacional", vol. XIV/1 y 2, 1961, pp. 261 y ss., por J. A. CARRILLO SALCEDO.

juicio, a veces, de aquellos elementos del supuesto que se conectan a sistemas jurídicos foráneos. En definitiva, se trata de un excesivo énfasis sobre lo jurisdiccional, que comporta en gran medida una absorción de la competencia legislativa por la judicial; absorción deseable como principio director en la construcción del Derecho Internacional Privado, pero que no debe operar ciegamente, de espaldas a las cambiantes circunstancias de cada caso concreto.

En efecto, si en todo supuesto de tráfico jurídico externo ha de concederse teóricamente un margen de posibilidad a la aplicación del Derecho extranjero, en el campo de los *torts* ese margen debe ser ampliado. La ambientación del supuesto ("social environment") y su naturaleza cuasipenal, por la culpabilidad o negligencia que presuponen, entrañan una referencia al territorialismo; tan es así que para la internacionalización del supuesto se exige la extranjería del "locus commissionis", ya que de otro modo la intensidad de esta conexión territorial, en coincidencia con la referencia al territorio de la jurisdicción, obliga a la exclusiva aplicación de la *lex fori*. Pues bien, el ordenamiento vigente en el lugar de comisión no puede ser sistemáticamente desconocido, como tampoco inflexiblemente aplicado. Al igual que en tantos otros aspectos del Derecho Internacional Privado, habrá que acudirse a soluciones equilibradas y de compromiso.

Ante las posibles situaciones de injusticia que la regulación inglesa de los *torts* puede originar, se ha alzado la doctrina en la búsqueda de criterios más flexibles y conducentes a resultados de mayor justicia material. De entre ellos, interesa la tesis denominada "the proper law of the tort", propuesta por MORRIS (37), en una expresión que supone simultáneamente crítica y vía de solución. Crítica, por cuanto pide un resultado más adecuado, más propio. Vía de solución, por sugerir como posible la aplicación analógica de las normas arbitradas en materia contractual, el juego de criterios conocido como "the proper law of the contract".

Y es que, cuando las partes de un contrato no determinan la ley aplicable al mismo, existe en el Derecho Internacional Privado inglés una serie de presunciones tendentes a descubrir cuál sea esa ley, su "proper law". Se habla entonces de "centro de gravedad", "the most characteristic locality" o de "social environment". En definitiva, ante la rigidez e insuficiencia de un único criterio, se persigue la toma en consideración de todos los elementos presentes en el supuesto. A través del análisis de las circunstancias del caso, descubre la ley que las partes aplicaron o hubiesen querido aplicar a su acuerdo, la ley que las partes han elegido expresa o implícitamente para gobernar sus relaciones contractuales. Se busca, por tanto, la intención de las partes, objetiva y judicialmente discernida.

(37) J. H. C. MORRIS: *The proper law of a tort*, "Harvard Law Review", 1951, pp. 881 y ss.

Se arbitra una serie de presunciones, con su orden de prioridad, para el esclarecimiento de esa ley aplicable al contrato: ley del lugar de contratación, de la situación de los bienes inmuebles objeto del convenio, del pabellón del buque a que se refiere el acuerdo, ley de la jurisdicción a que se efectúa el pacto sumisorio, etc. El "proper law", determinado de este modo, regulará entonces la validez esencial del contrato, su desarrollo y los actos por él debidos, interpretación de los acuerdos, etc.

Como ha señalado WEIR, "a tort suit is very like an action for damages for breach of contract" (38). Esta similitud permitiría una aplicación analógica de las prescripciones sobre el régimen contractual a la responsabilidad civil por daños extracontractuales. No se operaría en atención a la autonomía de la voluntad, elemento subjetivo que justifica y fundamenta el "proper law" de un contrato, sino para conseguir una solución flexible al régimen jurídico de los *torts*, cuya variedad de circunstancias y especial naturaleza requieren una regulación equilibrada y de compromiso.

La jurisprudencia de algunos Estados norteamericanos ha utilizando el juego de criterios del "proper law of the tort", si bien no puede afirmarse que en ellos constituya una tendencia jurisprudencial definitiva e indiscutida. Y es que la doctrina no ha desarrollado el planteamiento de esta solución; no ha pasado de exponer la necesidad de criterios más flexibles y de la valoración de todas las circunstancias presentes en el supuesto; ni ha estudiado su puesta en práctica, ni arbitrado un juego de presunciones para ello (39). De ahí que KAHN-FREUND calificase a este tipo de soluciones, faltas de técnica, como de una suerte de "nihilismo jurídico" que trata de corregir una "mechanical jurisprudence"; entre ambos extremos, él optaba por una "vía media" en que lo primordial era la evaluación de los factores de conexión, la calificación de los distintos aspectos del proceso, con soluciones diferentes a cada uno de ellos, y, por último, una tendencia hacia la aplicación analógica de las normas vigentes en materia contractual (40).

(38) T. WEIR, op. cit., p. 1.

(39) Unicamente el *Restatement Second on the Conflict of Law*, editado por el "American Law Institute", bajo la dirección del profesor REESE, en su parágrafo 379, buscando "the local law of the parties", enumera algunas conexiones que deben valorarse en esta tarea: lugar donde se produce el daño y la conducta, domicilio y nacionalidad de las partes, sede social o comercial de la persona jurídica, lugar donde se centra la posible relación entre las partes, naturaleza del ilícito, objetivos implícitos en las leyes posiblemente aplicables.

(40) O. KAHN-FREUND: *Law of Torts in Private International*, curso aún inédito profesado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, julio de 1968; notas personales. El profesor KAHN-FREUND argüía contra la solución tradicional inglesa las posibilidades de injusticia que ofrece su rigidez. De otra parte, la tesis del "proper law" le parece llena de incertidumbre y, en cuanto solución unitaria, inadecuada para regir todos los aspectos de un mismo caso.

Cfr. igualmente: Y. LOUSSOUARN: *La Convention de La Haye sur la loi*

Hasta muy recientemente, los Tribunales ingleses no han tenido la oportunidad de juzgar sobre las posibilidades prácticas de esta solución doctrinal del "proper law of the tort". La ocasión se presentó al "Court of Appeal", en el caso *Boys v. Chaplin*, resuelto en 1968.

Se trataba allí de la indemnización por un accidente ocurrido en Malta entre dos soldados ingleses, con residencia en Inglaterra; conforme a la ley maltesa del "locus commissionis", únicamente se repararían los gastos producidos, sin derecho a reclamar los daños morales y futuras pérdidas económicas que el Derecho del foro inglés sí contemplaba; la diferencia material estribaba en que el Derecho maltés concedía una indemnización de 53 libras esterlinas, en tanto que el inglés la elevaba a la suma de 3,303. El Tribunal confirmó la sentencia apelada, en la que el juez MILMO había declarado que habría de repararse al actor conforme al Derecho inglés, el cual era aplicable para determinar el *quantum* de la indemnización, como "lex fori" aplicable a las cuestiones de procedimiento, y el tipo de daños susceptibles de compensación, conio Derecho material aplicable al fondo del *tort*.

De los tres jueces que conocían la apelación, LORD DIPLOCK expresó una opinión disidente, señalando que, pese a la ambientación inglesa del supuesto, la legislación maltesa del "locus commissionis" habría de aplicarse a todos los aspectos de la reclamación por *tort*. LORD UPJOHN, por su parte, calificando como procedural la cuantía de la indemnización, estimó aplicable el Derecho inglés. El tercero de los jueces, uno de los actualmente más famosos por lo que respecta a las cuestiones de Derecho Internacional Privado, LORD DENNING, afirmó:

"After considering the authorities, I am of the opinion that we should apply the proper law of the tort, that is, the law of the country with which the parties and the act done have the most significant connection. And once we have decided which is the correct law to apply, I think that law should be applied, not only to ascertaining whether there is a cause of action, but also to ascertaining the heads of damage that are recoverable and also the measure of damages: for these are matters of substantive law. They are quite distinct from the mere quantification of damages, which is a matter of procedure for the lex fori".

De esta forma, LORD DENNING, considerando que el supuesto debatido se encontraba estrechamente vinculado al ordenamiento inglés, establecía la aplicabilidad de este último, tanto para los aspectos pro-

applicable en matière d'accidents de la circulation routière, "Journal du droit international", 1969, núm. 1, pp. 5-21. El profesor francés censura la tesis del "proper law", dada la necesidad de intervención judicial en su aplicación, ya que "la responsabilité civil extra-contractuelle n'est pas, sur le plan international, une matière par essence contentieuse" (p. 7).

cedimentales de la cuantificación de la suma que habría de pagarse, como a la determinación de los daños reparables y, en general, a todos los problemas de fondo que pudiera presentar el caso.

Queda abierta así la posibilidad de que esta tendencia hacia nuevas soluciones, más conformes a las exigencias del tráfico jurídico externo, sea confirmada por la práctica jurisprudencial inglesa, atenta siempre a los últimos desarrollos doctrinales (41).

(41) Una muestra de la atención que la jurisprudencia inglesa dedica a la evolución de la teoría la ofrece, por ejemplo, la sentencia que se acaba de mencionar, *Boys v. Chaplin*. Cada uno de los tres jueces analizaba los aspectos teóricos del caso a la luz de la doctrina más cualificada. Así, LORD DENNING citaba expresamente la obra de DICEY AND MORRIS; por su parte, LORD UPJOHN incluía frases textuales del profesor CHESHIRE; y, finalmente, LORD DIPLOCK estudiaba el citado parágrafo 379 del "American Restatement", debido a REESE, transcribiéndolo con literalidad.

NOTA: Redactadas estas notas, han aparecido diversos materiales que, lógicamente, no han podido incluirse en las mismas. Muy especialmente, la publicación del curso en La Haya de KAHN-FREUND (*R.C.A.D.I.* v. 121, 1968-II, pp. 5-166), la sexta edición de la obra de GRAVESON (Londres 1969) y, sobre todo, la sentencia de la Cámara de los Lores en el mencionado asunto "*Boys v. Chaplin*", en la que, unánimemente, los cinco jueces confirmaron la sentencia, recurrida, dos de ellos con expresa referencia aprobatoria a la tesis del "proper law of the tort".

VIDA JURIDICA

I. Notas críticas

FAIREN GUILLEN, Víctor: "Temas del Ordenamiento Procesal".—Dos volúmenes. Editorial Tecnos. Madrid, 1969.

Se trata de una compilación de diversos trabajos del autor, que, en cierto modo, continúa los Estudios de Derecho Procesal publicados en 1955 y que recoge la casi totalidad de la labor efectuada entre los años 1955 y 1968.

Esta fundamental obra, está dividida en cinco partes: las dos primeras, comprendidas en el volumen primero, hacen referencia al Derecho Procesal Histórico y a la Doctrina General del Derecho Procesal y las restantes partes, que integran el segundo volumen, llevan la rúbrica general de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Arbitraje.

Inicia estos trabajos el profesor Fairén, con el estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, para lo que se remonta al análisis de la situación del Derecho Procesal como consecuencia de la publicación del Fueno Real y del llamado Ordenamiento de Montalvo, que no llenaban las necesidades de la época, lo que dio motivo y ocasión para la publicación de la Nueva Recopilación, de la que dice, que no satisfizo a los juristas, a las Universidades, ni a los políticos, extendiéndose el autor en un estudio acabado de las diversas posturas adoptadas al respecto, presentando el panorama de la época, como el de un proceso civil regido por el Derecho común, formación jurídica de carácter estacionario, más bien romanística y general, que trata las cuestiones procesales por vía incidental, es decir, cuando lo exige el cuerpo legal que se examina, lo que produce irremisiblemente la falta de sistemática en los trabajos procesales, una ausencia de trabajos monográficos y una gran influencia de brillantes individualidades (Alonso de Villadiego, Hevia Bolaños, Matiendo, Acevedo, Salgado de Somoza, etc.).

Hace referencia a los diversos intentos de organización judicial y formación de los Jueces, que unido a los males tradicionales del procedimiento civil, motivan que el procedimiento mercantil alcance un gran predicamento, como lo demuestra la publicación de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, de gran extensión territorial y en las que se recoge un proceso armónico y lleno de energía que ahonda el abismo que le separa del enjuiciamiento civil. Estudia el proyecto del Marqués de la Ensenada y las causas que motivaron el que no se plasmara en una ley, que hubiera paliado gran número de males de aquel estadio histórico, así como los trabajos de Lardizabal y Uribe, Acedo Rico, Pérez y López y Suárez. Es el momento en que se inician los trabajos que desembocarían

en la Novísima Recopilación, de los que trata el autor muy ampliamente, haciendo un análisis de los llevados a cabo por Reguera y los que realizó el Consejo de Censura nombrado por Carlos IV: califica el señor Fairen a la Novísima Recopilación, de defectuoso instrumento, pero afirma que facilitó a los juristas del futuro la labor de preparación legislativa.

En este devenir histórico, le llega el turno a las Cortes de Cádiz, con su precepto de unificación procesal y creación del Tribunal Supremo y, como consecuencia, la publicación del Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, que merece para el autor el calificativo de parcial y desordenado, aunque con las virtudes de servir de camino para la unificación de fueros de aseguramiento de la independencia judicial y de estructuración unitaria del proceso civil.

Para su atención sobre la formación del Código penal de 1822 y del de Comercio de 1829, dentro del cual estudia todo lo referente al proceso en negocios de comercio, como asimismo la Ley de 1830, que contenía la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los negocios y causas de Comercio, con la que se inicia una auténtica apertura para el unitarismo del proceso civil. La etapa comprendida entre el Estatuto Real de 1834 y la Instrucción del Marqués de Gerona —Reglamento provisional de 1835, Constitución de 1837, y Ley de 1878 sobre el juicio de menor cuantía, Constitución de 1845, y Real Decreto de 1852 sobre jurisdicción de Hacienda— es tratada con toda amplitud y detalle. Asimismo la indicada Instrucción de 1853, es comentada con todo lujo de detalles, tanto en su formación como en su contenido, esplayando toda la serie de críticas que contra la misma se hicieron, así como su derogación en 1854. Sin embargo, aquel cúmulo de diatribas hizo que se agudizara el deseo de consecución de un Código Procesal, lo que motivó el nombramiento de una nutrida Comisión que elaboró un proyecto de ley de Bases que fue presentado a las Cortes en enero de 1855 y que después de varias vicisitudes culmina en la ley articulada que entró en vigor el 1 de enero de 1856.

Esta ley procesal es estudiada con gran detalle y debidamente criticada por el autor. A continuación pasa al estudio de la naturaleza del juicio de desahucio de la ley de 1855, y por ende trata de sus trámites según la causa en que se funde y también la ejecución, extendiéndose en muy certeras consideraciones acerca de la “sumariedad” de este proceso.

El proceso aragonés de “Manifestación” y el inglés de “Habeas Corpus”, es otro de los grandes apartados de la primera parte de la obra; al estudio y análisis de aquel célebre privilegio del Justicia de Aragón, dedica numerosas páginas, examinando su origen histórico —quizá de origen romano— y alcance práctico, así como las causas y disposiciones por las que desapareció del panorama del proceso español. Completa este apartado con un acabado examen del “Habeas Corpus” británico, con su oscuro origen (Carta Magna de Juan Sin Tierra o Habeas Corpus Act de 1679), su similitud con el recurso de manifestación, aunque en el tiempo haya cierto desfase, ya que el predicamento

que alcanza el Habeas Corpus tiene lugar precisamente cuando la Manifestación aragonesa se halla en trance de desaparecer. Solicita que el tema sea estudiado más profundamente por la gran paridad de ambas garantías.

Las Relaciones entre el Poder Legislativo y Judicial, y las Infracciones a la Constitución de 1812, es otro gran tema de la obra que se comenta. Para ello expone el acaecimiento histórico llamado "caso Fitzgerald", vecino de la Isla de León, que fue objeto de una serie de vejaciones, detención arbitraria y allanamiento de morada y la corriente legalista que se desató como consecuencia del atropello constitucional, que motivó la publicación del Decreto de 28 de noviembre de 1812, ordenando a los Tribunales del Reino que prefirieran a todo otro asunto aquellos relativos a infracción de la Constitución, más tarde paliado por el proyecto de julio de 1813 que admitía el enjuiciamiento de los delitos contra la Constitución por una comisión de las Cortes.

La Recepción en España del Recurso de Casación Francés, es materia de otro singular trabajo del que no cabe nada más que dar noticia escueta, pero que encierra una gran enseñanza para el debido entendimiento de la casación.

Presenta las circunstancias concomitantes con el hecho de la discusión parlamentaria que impidieron una meditada elaboración del recurso de nulidad, recuerdo del recurso francés; la influencia de los dogmas políticos franceses, la idea que los legisladores galos de 1790 tenían, de ser un instrumento de resolución de conflictos entre dos poderes, y en fin, los puntos de conexión entre lo jurídico y lo político consecuencia de fenómenos históricos y constitucionales de clara gravitación. Hace un repaso histórico del recurso de casación y de las posiciones doctrinales más destacadas, y lleva a cabo un detallado estudio del recurso de nulidad español en función del desarrollo parlamentario y constitucional que el mismo tuvo, acompañado de un análisis técnico de gran trascendencia para la debida comprensión de su naturaleza.

La Historia del Proceso Civil y la reforma de la Justicia constituye otro trabajo del autor que —dice— expone con clara visión los males de un proceso civil atacado por células jurídicas defectuosas o enfermas, acompañado ello de una rutina doctrinal, una ignorancia y una mitología jurídica, que han impedido la clarificación del ordenamiento procesal. Glosa el discurso del Ministro de Justicia, señor Iturmendi, pronunciado en la apertura de Tribunales 1964-65, que califica de gran interés, obteniendo la correcta conclusión de que el prototipo de juicio declarativo español venidero, debe ser un plenario rápido basado en el de menor cuantía, corregido en lo necesario. Termina este apartado analizando la evolución histórica de los juicios plenarios rápidos y las posiciones doctrinales acerca del juicio de mayor cuantía.

La segunda parte del tomo primero, con la que éste finaliza, lleva por título "Doctrina General del Derecho Procesal" y en ella se comprenden diversos temarios, todos ellos de relevante interés. Así, el primero de ellos hace referencia a la Teoría general del Derecho Procesal;

pone de relieve que esta Teoría general, que no debe confundirse con una construcción unitaria del proceso, tan sólo significa una unidad científica, hasta donde sea posible, sin forzar la esencia de los conceptos y por vía de síntesis, caminar hacia un método.

Considera causas de la separación procesal la existencia de diversas escuelas de estudiosos, civilistas, penalistas, administrativistas y laboristas, la separación de las enseñanzas del Derecho Procesal y la falta de unidad en lo que deben ser las ideas de una Teoría general. Estudia el problema en los países escandinavos, Austria, Italia, países americanos, etc., tanto en base del proceso en sí como de la organización judicial. Crítica la política legislativa seguida en España en este punto, puesto que la vieja ley de 1870 ha tenido más de cien disposiciones complementarias; estima que la uniformación, no la unificación, se hace precisa, aproximando los procedimientos sobre la base común de su servicio para la satisfacción de intereses jurídicos. Como no es realizable, ante la gran extensión que el autor da a la materia, dar cuenta cumplida de ella, sí diré que considera preciso el estudio de la función del proceso, su estructura —Tribunal y partes, incluyendo las nociones de representación y defensa— la mecánica del proceso y su dinámica y el estudio de las consecuencias jurídico-económicas que se derivan de la actuación procesal.

Al Análisis del Proceso como Función de Satisfacción Jurídica dedica otro apartado de la obra. Tras contemplar la voz "satisfacción" en su aspecto gramatical, estudia el concepto jurídico, para lo que aísla los diversos elementos que lo componen; satisfacción jurídica; equilibrada; favorable; objetiva; razonada; completa-incompleta; estable; real y de aparición evolutiva. Examina asimismo la satisfacción procesal en las sentencias declarativas, en los procesos sumarios, en los inquisitivos, etcétera; verifica un intento de clasificación de las satisfacciones jurídicas, en, de interés general o particular y simples o complejas, sentando las bases para la distinción entre la satisfacción y la retribución, que le mueve a hacer un delicado análisis de la denominada "acción popular".

Proceso, Procedimiento y Mito Jurídico. Esta es la denominación de otro trabajo destinado al homenaje póstumo del profesor James Goldschmidt, celebrado en Buenos Aires en 1951. Después de exponer muy claramente la tesis de que el estudio de elementos jurídicos históricos de épocas pasadas, en otra posterior, calificada por situaciones sociales económicas y jurídicas de otro signo, debe hacerse procurando que la Historia no regrese y por tanto que el mito no se perpetue. Pone como ejemplo el hecho de que el desarrollo histórico del proceso se halla fundamentado siempre en la "litis contestatio" pie forzado que motivó la defectuosa evolución del mismo.

A la Figura del Juez dedica otro apartado. Como conformante del poder judicial, considera que el problema más importante de esta organización es el de la independencia de sus miembros, de los que se hablaban totalmente desprovistos en los Estados totalitarios. Hace un re-

paso general de la legislación española sobre este punto, contemplando asimismo al Juez como funcionario. Examina la diversidad de Tribunales y su razón de ser, exponiendo las ventajas e inconvenientes de los Tribunales Especiales. Respecto de la jurisdicción laboral, se extiende en consideraciones acerca de su contenido y sistema actual, afirmando que la reforma del proceso civil debe hacerse en forma tal que llegando a un punto de perfección se fusione con el procedimiento de trabajo.

Finaliza este estudio con el planteamiento del problema de la constitución de los Tribunales —Jueces técnicos, legos o mixtos— mostrando su parecer de que los jueces deben ser de carácter técnico y sobre todo afirma el dogma de su independencia absoluta, para que el Estado sea de Derecho y no de Policía.

La Reorganización del Ministerio Fiscal Español es otro de los estudios del autor, comprendidos en la segunda parte del tomo primero: su contenido es un fragmento del informe que fue elaborado en los meses de octubre a diciembre de 1968 por encargo de la Facultad de Derecho de Valencia para su remisión al Ministerio de Justicia y que hace referencia a la Base 68 del Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia, que trata de la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal. Realiza un minucioso estudio de la figura del Ministerio Público o Ministerio Fiscal tanto en su proyección histórica como en la doctrinal, con confrontaciones con el Derecho comparado.

Rechaza la calificación de "órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia" por cuanto el término "comunicación" es polivalente —hasta ocho acepciones tiene en el diccionario de la Academia de la Lengua Española—, por lo que la Institución no puede estar a merced de las interpretaciones del vocablo.

La unidad y dependencia jerárquica es, asimismo, objeto de una meditada atención, así como el problema de la amovilidad o inamovilidad de los funcionarios y el de la competencia que se les atribuye en el Anteproyecto, para lo que realiza un exhaustivo análisis de su contenido funcional en el ámbito civil y penal.

El siguiente trabajo, Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicción del Trabajo, es fruto de las meditaciones sobre el tema con ocasión de haber sido encargado el autor, por la Facultad de Derecho de Valencia, de preparar un informe sobre el Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia, al igual que el estudio anterior.

Critica la propuesta del Ministerio de Trabajo de que al Anteproyecto se incorpore una Base que precisaba que la función jurisdiccional, en el orden laboral, sería atribuida a los Magistrados de Trabajo, que continuaría rigiéndose por su Ley Orgánica y disposiciones que la complementan, por cuanto —dice—, no tiene en cuenta la especialidad de la corriente doctrinal unificacionista y sus matices, doctrina ésta que ha logrado la adhesión en diversos Congresos y reuniones que cita muy detalladamente.

Examina los fundamentos que invocan los partidarios de la especial jurisdicción, para el autor, no decisivos, y los que alegan los que defien-

den la unidad jurisdiccional, aun admitiendo la especialización de los jueces, concluyendo que si bien puede aceptarse la tesis de que la materia laboral tiene una extensión y expansión de las que carecía en tiempos pretéritos, ello conduciría solamente a la implantación de jueces especializados integrados en el Ministerio de Justicia con una cabeza exclusiva en el Tribunal Supremo.

Sobre el Principio de Publicidad del Proceso, (ideas y textos), que se encierra también en la segunda parte de la obra, se extiende el señor Fairen en altas consideraciones, en base de Couture y Calamandrei. La publicidad, que no popularidad, en relación a la percepción de las actuaciones judiciales con relación a las partes y a los terceros, activa y pasiva, mediata e inmediata, es tratada como vía para entrar en el análisis de su significación en el campo del derecho público; estima que la publicidad es un principio constitucional basado en la exigencia de hacer desaparecer la desconfianza popular, una virtud como instrumento de educación colectiva, y una vía de aproximación de la justicia al pueblo. Realiza un examen sintético del proceso evolutivo de este principio, para pasar revista a las distintas Constituciones Públicas extranjeras; Alemania Occidental y Oriental, Austria, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Yugoslavia, Polonia, Suiza, Francia, etc. Respecto de España, examina el principio de publicidad en las constituciones de 1.812, 1.837, 1.845, 1.869, Proyecto de Constitución de la primera República en la de 1876, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Civil, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Constitución de 1931 y en el Fuero de los Españoles.

Concluye el volumen primero con los Recursos de Queja, tratando separadamente las diversas significaciones que tiene el término; la queja en el procedimiento administrativo, la queja como sustitutivo de la recusación del Ministerio Público, como recurso de recusación judicial en la Justicia Municipal, y como denuncia de la inactividad de un Juez o Tribunal.

Presenta un cuadro-resumen de los recursos de queja, en el que comprende la queja como recurso contra una resolución del Tribunal "a quo" que cierra el paso a otro recurso de fondo; la queja como recurso análogo (pero incompatible) con el de apelación, y la queja sin sujeción a plazo de interposición.

El volumen segundo, que se inicia con la tercera parte de la obra, Derecho Procesal Civil, constituye una ampliación del informe que el propio autor emitió, aprobado por la junta de la Facultad de Derecho de Valencia, al Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil, como consecuencia de la publicación de dicho informe en los Cuadernos Informativos del Ministerio de Justicia.

Critica tanto el que en el Anteproyecto no se haga una exposición normativa y ordenada de los principios políticos que lo informan, como el contenido de los libros que se compone. Examina la sistemática del libro I del Anteproyecto, que considera correcta, salvo ciertas desviaciones de inclusión y valoración.

Con relación al libro II estima que debe incluirse en él gran parte del contenido del libro IV, que debe quedar reducido a los procesos cautelares, deteniéndose en el análisis de los juicios especiales por razones jurídico-materiales, que deben desaparecer, y las que deben permanecer con carácter propio de "especial".

Participa de la tesis de que también debería haberse incluido en el libro II, lo concerniente a los medios de impugnación, materia del libro IV. Para la revisión y la audiencia al rebelde, propugna, o bien crear un libro V, traerlos al libro II al grupo de Procesos Especiales, o introducir a los medios de impugnación en el libro II como un título IV.

Ataca asimismo el sistema de este libro II proporcionando una sistématica que expone con toda claridad.

Respecto del libro III, Ejecuciones Procesales, el señor Fairen hace una meditada crítica de sus imperfecciones; pide que se regule la liquidación de sentencia española, con separación de la obtención del "exequatur", y que se reglamente la ejecución personal, de la que hace un detallado examen. Se muestra disconforme con que el Anteproyecto distinga con la denominación de ordinario a la ejecución dineraria y como extraordinaria a las demás, y, asimismo, con el contenido de la base 73 respecto a la oposición a la ejecución, concluyendo con la exposición de un cuadro explicativo de lo que a su juicio debiera ser el contenido de este libro III.

El libro IV es también objeto de una cuidada crítica, y con relación a él solicita la inserción de las astricciones y restricciones en un proceso de aplicabilidad general; la individualización, en las cauciones procesales, de las de carácter cautelar; creación de un proceso cautelar para la adopción de medidas innominadas de carácter subsidiario; reforzarse el sistema del embargo preventivo y del secuestro, y separación de los procesos de intervención y administración de bienes. También ofrece un organigrama del contenido que debiera tener este libro IV.

A continuación lleva a efecto una cuidada contemplación de las Bases del Anteproyecto, de la que no cabe dar resumen alguno, por cuanto se extiende en 58 páginas a comentar casi todas las indicadas Bases, desde un punto de vista terminológico, sistemático, formal y de fondo.

La Sistematización de los Procedimientos Declarativos Españoles es otro de los trabajos fundados en el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil. Parte de la idea cierta de la excesiva proliferación de procedimientos, que califica de antigua y profunda y de la necesaria reducción de los mismos: en méritos del contenido de las Bases 74-80 y su amplísima clasificación, manifiesta detalladamente lo que debe acontecer con el juicio de impugnación de acuerdos sociales de la Ley de Sociedades Anónimas; con el juicio de nulidad de registro en la propiedad industrial; artículo 41 de la Ley Hipotecaria, los juicios interdictales; los de desahucio, los sucesorios; la conciliación y arbitraje; la quita y espera; los juicios concursales; el arbitral de censos y seguros; el de responsabilidad civil de funcionarios públicos; el proceso en relación con cosa común y el juicio de equidad de la Ley de Propiedad

Horizontal. Como idea general respecto de ellos, expresa la de que deben ser refundidos a la unidad del declarativo común.

Entre los procesos especiales que deben conservarse o al menos mantener especialidades, cita, los que entienden del estado civil y condición de las personas, derechos políticos y honoríficos y reconocimiento de sentencias extranjeras, el de alimentos provisionales, el juicio sumario para la protección posesoria y el sumario ejecutivo.

Entre los procedimientos especiales a introducir, más bien reintroducir, establece el juicio monitorio, que por su naturaleza debe hacerse dentro del libro segundo del Anteproyecto como plenario especial. Propone una sistemática del libro segundo que explica fundadamente.

A continuación, como trabajo separado, aborda las Líneas Generales de un Futuro Procedimiento Declarativo de Primera Instancia. Sin ánimo de ser exhaustivo, el autor plantea y resuelve una serie de problemas relacionados con el procedimiento futuro que en todo caso —dice— debe conformarse pensando en el juicio de menor cuantía. Pone como ejemplo el Código Sueco de 1948, de tipo único.

El principio de oralidad y concentración, la audiencia preparatoria, la admisión de determinadas transformaciones o cambios en el "petitum" cuando fueran provocadas por alteraciones irreversibles en el estado de las personas o de las cosas, condicionamiento de los escritos de réplica y dúplica, forma de la reconvención, excepciones dilatorias en función de una audiencia preliminar, recibimiento a prueba y prueba en sí, y que califica de fuertemente formalista, juramento, prueba testifical, trámite de conclusiones y diligencias para mejor proveer, son materias tratadas con gran autoridad. Parte de la base de que su pensamiento va hacia la elasticidad y no hacia el desorden, solicitando una colaboración y combinación de esfuerzos para que tenga realidad la exigencia de situarse como juristas de nuestro tiempo.

Juicio Ordinario, Plenarios Rápidos, Sumario, Sumarísimo; es un breve opúsculo cimentado en la idea de las satisfacciones jurídicas y en el sistema que debe seguirse para su consecución; si en el juicio plenario ordinario se pretende acabar definitivamente con el litigio, impidiendo un nuevo proceso, pone de relieve cómo existen otras pretensiones parciales y urgentes, que no admiten dilaciones o prolongaciones del procedimiento; ello comporta la necesidad de otros procesos abreviados, cuya naturaleza defiende, que son estudiados en Derecho Comparado y en la fragmentaria Legislación Española.

Prueba Documental, Prueba Pericial y Resoluciones sobre las mismas. Inicia este trabajo con el estudio de las modalidades de la prueba—prueba rigurosa, acreditamiento y prueba libre—y la posibilidad de que indebidamente pueda convertirse una prueba documental en pericial, a través de unos hechos reales, realiza un claro análisis del contenido, forma y momento procesal de las resoluciones judiciales, de gran interés jurídico y eficacia práctica.

La Sistematización de la Ejecución Forzosa Española. De nuevo, el trabajo presente, se relaciona íntegramente con el Anteproyecto del CÓ-

digo Procesol Civil, poniendo de relieve los contrasentidos de su libro III, que tiene por título "Las Ejecuciones Procesales" y que —dice— motivó la aparición de lagunas y sorpresas, por haberse adoptado una sistemática que luego no se sigue en puntos concretos, echando de menos, una vez más, la inexistencia de una Parte General para el Proceso Civil. También vuelve a insistir en este apartado sobre la necesidad de regulación de la ejecución personal, que no aparece en el Anteproyecto y que debe referirse a los procesos que afecten al estado o condición de las personas, y derechos de la personalidad humana, ejecuciones que deben estar apoyadas por un sistema de intimaciones protegidas a su vez por un sistema de astricciones y de restricciones subsidiarias. Asimismo, la oposición a la ejecución (Base 73) es objeto de una certera crítica; todo ello mueve al autor a presentar una sistemática de lo que debiera ser el contenido del referido libro III del Anteproyecto.

A la Reforma del Proceso Cautelar Español dedica un gran número de páginas, y como otros trabajos, objeto de la presente recensión, es parte integrante del Informe redactado por el señor Fairén a petición del Ministerio de Justicia y de la Facultad de Derecho de Valencia sobre un "Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Civil". Señala los caracteres del proceso cautelar, entre los que destaca el de su instrumentalidad, provisionalidad, servir a la eliminación del "periculum in mora", urgencia, temporalidad de efectos, extinción a término o plazo, tendencia a la inaplicabilidad de los efectos de cosa juzgada, etc., y apoyándose en estos elementos, afirma que los procesos cautelares, a virtud de su autonomía, deben estar separados legislativamente de los procesos declarativos y ejecutivos. De aquí que solicite que del libro IV del Anteproyecto desaparezcan los procesos especiales por razones jurídico-materiales, así como los recursos o procesos de impugnación, exponiendo un boceto de lo que a su juicio debiera ser el contenido del libro IV de un futuro Código Procesal Civil, comprensivo de los procesos garantizadores de la seguridad de las personas, de los bienes, de las obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa específica, los cautelares de garantía de la prueba, los de aplicabilidad general y por último el proceso cautelar para adoptar medidas indeterminadas.

El Proceso Cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas. Es un especial estudio de las reglas 4.^a y siguientes del artículo 70 de la Ley de 18 de julio de 1951, calificándolo como un procedimiento destinado a obtener una resolución que supone una anticipación provisional de ciertos efectos de la sentencia definitiva, en previsión del retardo de la misma, por la vía de una suspensión del acuerdo social impugnado. Analiza sus requisitos, trámites y decisión, poniendo de relieve que la Ley no regula la ejecución de la medida cautelar y concluye que es dudoso que el cumplimiento de la resolución recaída llene el interés del recurrente, y que se requieran otras medidas complementarias que deben ser admisibles, puesto que son accesorios e instrumentales respecto al proceso principal.

I.a Responsabilidad de los Órganos de Administración de las Socie-

dades Anónimas, constituye el texto de la Ponencia General aportada al IV Congreso Internacional de Derecho Comparado de París (1954). Se compone de diversos apartados en el que estudia las líneas generales de los tipos de Sociedades en los diversos países que remitieron ponencias; la constitución y posición del Órgano de administración, básica para el seguimiento de una responsabilidad y la responsabilidad de los administradores es tratada en el ámbito internacional, estudiando la doctrina de la "diligencia" del administrador, como fundamental para el análisis de la indicada responsabilidad, contemplando la derivada por falta de gestión, como la originada por violación de norma legal o estatutaria. Verifica también un completo repaso del tema de la solidaridad en la responsabilidad, y sobre los sujetos idóneos para exigir la responsabilidad a los administradores, distinguiendo la acción social ejercitada por la propia sociedad, la ejercitada como minoritaria o individual y la acción promovida por los acreedores sociales. Completa el trabajo el estudio de las acciones individuales de responsabilidad ejercitadas por el accionista o por terceros y la teoría de la prescripción de acciones de responsabilidad, o mejor pretensiones para el autor, con lo que se cierra este interesante artículo.

El Gravamen como Presupuesto de los Recursos.

Partiendo de la base de que el recurso se funda en un perjuicio sufrido por el recurrente —diferencia entre lo pedido y concedido por la resolución—, estudia el autor dicho gravamen en la legislación española y en la alemana, en la que existe una "suma gravaminis", a diferencia de la legislación patria en la que los límites de la admisibilidad del recurso se fijan por la cuantía económica total del proceso, sin que un vencimiento parcial impida el recurso, llevando a cabo un estudio juríspudencial de gran trascendencia sobre la materia.

La Apelación en la Ley de Sociedades Anónimas, da pie al autor para realizar un exhaustivo estudio de este recurso, en general, ofreciendo la panorámica de las necesidades que cubre, políticas, psicológicas y técnico-procesales, los presupuestos de su admisibilidad, los diferentes tipos de apelación, las causas de gravámenes para el litigante vencido, etcétera; no se muestra partidario de la supresión del recurso de apelación en la ley de 17 de junio de 1951, aduciendo para ello razones que expone con todo rigor científico, estudiando con gran detalle la única instancia y la segunda, admisible cuando la resolución del Juez verse sobre la suspensión del acuerdo impugnado.

La Doctrina Legal y el Control de los Hechos en la Casación Civil y Laboral Española.

Trabajo éste de una gran altura científica que aporta auténticos valores para el estudio y comprensión de la casación: constituye la Ponencia Nacional Española al tema general "la distinción du fait et du Droit (le contrôle de la Cour de Casación)" para ser presentada al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil de Atenas de septiembre de 1967.

Inicia este estudio con el de la naturaleza del recurso de casación en

España y su apartamiento del recurso originario francés, en el que pudo haberse inspirado, para lo que conjuntamente trata ampliamente de la constitución y funcionamiento del Tribunal Supremo en España. A continuación aborda el problema de la "doctrina legal", en base del art. 6.^º del Código Civil, analiza con gran detalle la evolución del concepto de doctrina legal y su naturaleza en relación con las fuentes del Derecho, poniendo de relieve la falta de unanimidad en este aspecto, por lo que recaba que en el futuro pueda ser incluida explícitamente entre las fuentes del Derecho. Del examen del Anteproyecto del Título Preliminar del Código Civil, pasa a fijar las notas del concepto "doctrina legal", precisamente en méritos de lo manifestado por el propio Tribunal Supremo, y entrando en el fondo del tema, y en vista de los artículos 1.692 y 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fija las ocasiones que el Tribunal Supremo tiene para entrar en el control de los hechos. Con la debida separación, y en forma grandemente sugestiva, ofrece la casuística de la interpretación de las declaraciones de voluntad, las infracciones por inaplicación de ley o doctrina, las infracciones en cuanto a la interpretación de los contratos, testamentos, vicios de la voluntad —dolo, fraude, simulación, culpa— y error evidente en contraste con documento o acto auténtico, que revisa muy atentamente, ya que el debatido problema de la calificación del documento o acto auténtico, de gran trascendencia científica y práctica, es abordado con toda minuciosidad tanto doctrinal como jurisprudencialmente, examinando las calidades que en concreto debe reunir.

Trata a seguido de las aplicaciones positivas y negativas que el Tribunal Supremo hace de la autenticidad de un documento, para lo que analiza los documentos a los que el Tribunal Supremo concede total o parcialmente la calidad de auténticos, y a los que niega tal carácter, los que enumera asimismo muy prolijamente. Los hechos "notorios" y los "admitidos" son tratados también con gran justeza, así como las pruebas de apreciación libre, las presunciones, la violación de la costumbre y el derecho extranjero.

Finaliza este interesantísimo estudio con una meditada calificación del recurso de revisión en materia de arrendamientos rústicos, que represente una verdadera casación, y que se dirige hacia una mayor ampliación de los poderes del Tribunal Supremo en cuanto al control de los hechos, a través de la apreciación de la prueba practicada por los órganos inferiores, con su interesante supresión de la infracción de doctrina legal. Dentro de este recurso de revisión —cuya denominación combate— hace un certero análisis de la prueba pericial y la documental obrante en autos, a los fines del recurso.

La injusticia notoria de la Ley de Arrendamientos Urbanos, variedad específica del recurso de casación, es objeto de un cuidado estudio jurisprudencial, y, por último, el recurso de casación en materia de trabajo es objeto de examen especial, del que dice que como caución que es contra una sentencia única, es siempre más propensa a la entrada en el control de los hechos, aunque estén salvaguardados por la cláusula "hechos pro-

bados" y que está más dominado por el principio oficial que por el dispositivo.

La cuarta parte de la obra, dentro de este tomo segundo, es titulada Derecho Procesal Penal, y en ella se integran cuatro trabajos de los que el primero es el Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal de 1967. Critica la política legislativa seguida, por cuanto si se piensa en el desarrollo de una codificación de las normas orgánicas y procesales, ello es incompatible con promulgaciones de leyes de reforma parcial o de retoques de leyes anteriores, que únicamente confusión pueden originar. Se muestra disconforme con la sistemática del Anteproyecto y pone de relieve errores terminológicos de indudable importancia, que es menester subsanar. Todas las Bases son examinadas una por una, no pudiendo materialmente dar cuenta de su contenido, pero sí debe manifestarse que el estudiioso, puede a través de sus conclusiones, en número de cuarenta, tener una completa panorámica del espíritu crítico y razonado que el autor vierte en las mismas.

La Disponibilidad del Derecho a la Defensa en el Sistema Acusatorio Español, es otro trabajo incluido en esta IV parte. Lo inicia con una exposición histórica de los principios inquisitivo y acusatorio, y estudia las particularidades del proceso penal español (y en la Ley de 8 de abril de 1967); la intervención "ex officio" y la "acción pública"; la intervención personal de la parte penal pasiva en los momentos de sumario y juicio oral; careos, conformidad o disconformidad en la calificación de la actuación y su respuesta a la última pregunta en el juicio oral. Hace un exhaustivo estudio de la "conformidad", para concluir que el acusado, mediante ella, dispone del proceso y del contenido material del mismo, siempre que esa disposición no exceda de los límites penales cuantitativos fijados por la ley.

El "Encausado" en el Proceso Penal Español, título de otro trabajo, está ciertamente enraizado con el contenido de las bases 20, 21 y 22 del Anteproyecto del Código Procesal Penal y que participan de los errores terminológicos que se apuntaban en el trabajo precedente.

El régimen de presencia o ausencia de las partes es tratado asimismo con toda amplitud, haciendo un acertado análisis de la rebeldía y de lo concerniente al régimen de garantías de los derechos individuales de las personas contra las que se dirige el proceso.

Procesamiento, Sobreseimiento, Acusación. Es un estudio de la base 16 del Anteproyecto, tantas veces citado, y hace referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal. Las "diligencias previas" son objeto de un meditado examen solicitando el autor la complementación de las garantías que prevengan omisiones o excesos. Se muestra partidario no de introducir un proceso extraño, más sí de resucitar el proceso de manifestación, como cautelar y con la finalidad de reprimir por vía judicial cualquier exceso de cualquier autoridad.

Cierra esta interesantísima obra la quinta parte, dedicada al Arbitraje, concretando la Institución en el del Consulado de la Lonja de Valencia. Señalando los paralelismos y separaciones de los procesos mer-

cantil y civil y el gran predominio histórico de los Consulados, verifica un gran estudio del orden procesal progresivo contenido en el "Ordre judiciari de la Cort dels Consols de Mar de Valencia", y su reglamentación actual, constituida por la Orden Ministerial de 21 de junio de 1934 y las de 18 y 21 de mayo de 1952 y la de 18 de septiembre de este año último, que aprobó las Ordenanzas del indicado Consulado de la Lonja de Valencia que fue respetado por la Ley de 22 de diciembre de 1953 modificatoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre Arbitraje y Amigable Composición.

Estima que el Arbitraje Consular Valenciano participa de los caracteres de un arbitraje de derecho y pericial, y al propio tiempo de equidad, "al estilo de mercaderes", ofreciendo un amplio examen de sus notas características, del procedimiento y de la ejecución de los laudos arbitrales.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO

Magistrado

II. SENTENCIAS DE INSTANCIA

LA CONSIDERACION JURIDICA DEL BUQUE EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Sentencia de la Audiencia de Sevilla de 31 de marzo de 1970

La cuestión de si los buques tienen o no tienen la condición de establecimiento mercantil, al efecto de la aplicación del artículo 1.413 del Código civil, ha sido considerada desde casi el momento de publicarse la Ley de 24 de abril de 1958. Así se hiciera en el Seminario del Instituto de Estudios Jurídicos, donde se examinaron, además de la cuestión general de la posibilidad de calificar al buque como establecimiento mercantil, al efecto de su inclusión dentro de la categoría de bienes gananciales que el marido no puede enajenar sin consentimiento de su mujer, las cuestiones especiales que podrían resultar del particular carácter marinero y destino económico de cada tipo de buque; si no recordamos mal, se mencionaron navíos de transporte, de pasajeros y de carga, traineras, barcos de pesca, barcazas, buques de rosca, gabarras, lugres, chalanas, barcas de pasaje, remolcador, algibe, pontón, nave en construcción, etc. y se trató del supuesto del propietario naviero y el del no naviero.

La doctrina no parece haber llegado sobre esta materia a una decisiva opinión común. De aquí, el especialísimo interés de la Sentencia de la Audiencia Sevillana, que se ha enfrentado directamente con el problema. Lo ha debido discutir a fondo. En ella se nos informa que hubo de producirse discordia en la votación de la sentencia, que se señaló nuevo acto de vista con fijación de nuevos magistrados y que el fallo se dicta siendo ponente, por el originario, el Magistrado ilustrísimo señor don José Fernández Marques.

Estos motivos, la intrínseca importancia del tema, la autoridad doctrinal de la sentencia y, sobre todo, su cuidada y erudita elaboración han hecho se considere de interés general la reproducción "in extenso" de sus considerandos:

"Primero.—Considerando: Que, en la demanda inicial de estos autos, el actor, tras alegar que el señor R. M., esposo de la demandada señora C. G. y padre de los otros demandados, le había vendido el día veinticuatro de octubre de 1967 el cincuenta por ciento de la propiedad del buque llamado "Romancito" en la cantidad de setenta y siete mil pesetas, de las que abonó en el acto la suma de cincuenta mil, debiendo entregar el resto dentro del año 1967, agrega que, fallecido dicho señor

R. en noviembre del mencionado año, ofreció a su viuda dentro del plazo estipulado el pago del resto del precio, negándose ésta a recibirlo, por lo que solicita que se condene a los demandados al otorgamiento de la escritura pública de compraventa y a la rendición de cuentas de la explotación de dicho buque desde la fecha en que fue comprada su mitad."

"Segundo.—Considerando: Que la parte demandada en su contestación adujo diversos motivos de oposición, que han sido desestimados en la sentencia recurrida, y de los que reprodujo en la vista de este recurso, la falta de cumplimiento del contrato por parte del actor y la ausencia del consentimiento uxorio en la celebración de aquél, determinantes, uno, de su resolución, y el otro de su ineficacia."

"Tercero.—Considerando: Que en cuanto al primer motivo, consta en autos el ofrecimiento de pago por el actor, el cual, si bien no constituye cumplimiento por no haber sido seguido de la consignación, evidencia la falta de una voluntad rebelde a la ejecución de su obligación, lo que obliga a no poder adoptar una medida tan grave como la de la resolución del contrato."

"Cuarto.—Considerando: Que el segundo motivo de oposición consiste en la impugnación que se hace de la eficacia del contrato, por considerar que, dado el carácter ganancial del buque mencionado, el marido de la demandada, señora C. G., necesitaba, para la eficaz enajenación de una parte del mismo, el consentimiento de ella, por entender que dicho buque constituye establecimiento mercantil a efectos del artículo 1.413 del Código civil."

"Quinto.—Considerando: Que, al ser incontestable la condición de ganancial del buque mencionado, la cuestión a resolver se centra en determinar si el mismo constituye o no establecimiento mercantil, lo que envuelve una primera dificultad, consistente en saber lo que deba entenderse por tal, dada la ausencia de una definición legal del mismo. Dificultad que, dada la ambigüedad de la palabra establecimiento, no puede ser superada acudiendo al procedimiento de atenerse al sentido de la misma en el uso cotidiano, y tampoco sería fecundo el intento de reconstruir el concepto sobre la base de las menciones que de dicho vocablo se hacen en los textos legales, pues éstas no lo emplean siempre en el mismo sentido y además han sido insertadas en ellos, no con la finalidad de definirlo, sino para reglamentar otras instituciones, ya sea, por ejemplo, el domicilio de los comerciantes o el aseguramiento de bienes litigiosos (artículos 65 y 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); ya la responsabilidad aquiliana (artículo 1.903 del Código civil); ya el concepto de comerciante, la sujeción de los extranjeros a las normas mercantiles, la competencia para la legalización de los libros de los comerciantes, la irreivindicabilidad de la moneda entregada en pago de mercaderías, las incompatibilidades de los Agentes colegiados, las facultades de los factores y efectos de los contratos por ellos celebrados, etc. (artículos 3, 15,

36, 86, 96, 283, 285, 286 del Código de Comercio). Quiere ello decir que ni el sentido literal de la expresión, ni su contexto —entendido éste como el conjunto del ordenamiento jurídico en que la misma ha sido insertada— son suficientes para poner de manifiesto el contenido positivo de ella.”

“Sexto.—Considerando: Que, al ser inaccesible por las vías señaladas el concepto buscado, una correcta labor interpretativa ha de tener en cuenta la situación en que dicha expresión fue insertada en su contexto, ya que todo decir es circunstanciado; pudiendo ser tenido en cuenta, como factores que delimitan la situación, entre otros, los siguientes: 1.^º Al tiempo de la promulgación de nuestras leyes fundamentales de Derecho privado —desaparecido el régimen gremial—, todo ciudadano goza en principio de libertad para montar un negocio, lo que supone un trabajo de instalación y agrupación de elementos, que, incorporado a éstos les confiere una cierta unidad y les da un valor específico. El Código civil reconoce la existencia de este tipo de entidades y percibiendo la utilidad que para la familia puede representar la continuación, en caso de muerte del padre, titular de una de ellas, permite a éste que por testamento pueda ordenar que continúe indivisa, “disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos” (artículo 1.056). El Código de Comercio —artículo 5— faculta a los menores e incapacitados para continuar “el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes”. Aparece por tanto admitida en ellos la posibilidad de transmitir “mortis causa”, como una unidad, esa entidad llamada en los textos citados explotación y comercio. 2.^º Su transmisión “inter vivos” no aparece expresamente regulada en los cuerpos legales mencionados, siendo a todas luces forzada la intentada aplicación a la misma del precepto contenido en el artículo 1.532 del Código civil, por haber sido éste dictado en contemplación de un supuesto distinto. Sin embargo, de hecho, estas transmisiones eran frecuentes, con gran beneficio para el transmitente en la mayoría de los casos. 3.^º El hecho de que este beneficio se atribuya a la organización de elementos, considerada como tal, hizo pensar que ella constituía en sí misma un valor económico, por cuyo reconocimiento legal empezaron a clamar los comerciantes hasta llegarlo a obtener bajo un doble aspecto: como garantía de préstamo y como limitación al derecho del arrendador del local; en este sentido, ya en 1926, un proyecto de Decreto-Ley consideraba hipotecable lo que denominaba acervo mercantil, y la Ley de 16 de diciembre de 1954 admite la hipoteca mobiliaria de los establecimientos mercantiles, y por otro lado, ya en los años 30, se inicia la protección arrendaticia de este tipo de realidades. 4.^º Esta clase de riqueza fue ya reconocida por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa, en sentencia de 4 de diciembre de 1933, como “valor industrial”, distinto y superior al valor real, pues aquél “se caracteriza por lo que pueda representar en pesetas un negocio en marcha, no desintegrandolo sus elementos materiales, sino considerándolo como un todo, revelador de la

existencia de un patrimonio económico, con un contenido de esta naturaleza, representativo de ganancias o beneficios que con su explotación se obtienen". 5.^o En el segundo tercio del presente siglo, dada la tendencia económica a la racionalización del trabajo y la producción en masa, aparecen los grandes complejos industriales y comerciales, y con tal motivo la doctrina y algunas legislaciones intentan formular el llamado derecho de la empresa; intento el que no es ajena nuestra doctrina y legislación, sobre todo la laboral, cuyo empeño tropieza con la dificultad de que los textos fundamentales, no sólo desconocen el derecho de la empresa —pese a las repetidas menciones que de la misma hacen, bien con este nombre o con el de explotación, industria, negocio, establecimiento, etc., sino que con su regulación de la propiedad, la personalidad, el patrimonio, etc., hacen poco viable el injerto en ellos de semejante concepción jurídica. 6.^o No obstante ello, la jurisprudencia poco a poco ha ido elaborando conceptos; y así, la sentencia de 23 de marzo de 1946, que se apoya en la doctrina de las tres anteriores que cita, sostiene: "que, a falta de definición legal de la empresa mercantil en la legislación vigente, para establecer su concepto ha de recurrirse a la que ya, tanto por el número de las sentencias (tres recientes) como por las poderosas razones en que se apoyan, puede considerarse como jurisprudencia de este Tribunal..." y que en las tres sentencias aludidas "se establece el concepto de empresa mercantil, estimando como elementos integrantes de ella "el trabajo", "el capital" y "la organización" de ambos a los fines de producción económica, el último de los cuales elementos, o sea, la organización, creación exclusiva del empresario, es el señalado únicamente como el esencial para que el conjunto de bienes y trabajo tenga el carácter de empresa mercantil, con valor económico, en su conjunto, superior a la suma de los factores singulares que la componen, y cuya responsabilidad en orden al éxito o fracaso de la empresa es exclusivamente del empresario, siendo también, y por lo mismo, el elemento al que principalmente se atiende en los negocios jurídicos que tienen por objeto la empresa mercantil". 7.^o La sentencia de 7 de diciembre de 1945 —una de las citadas en la anterior— dice: "Que la palabra industria... representa una idea sustancialmente integrada por la actividad del factor humano que la sustenta, el cual, con el auxilio de elementos... constituya una unidad patrimonial, propia de la persona individual o colectiva que la produce y mantiene, y susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada de modo permanente o arrendada por tiempo determinado..."

"Séptimo.—Considerando: Que de lo anteriormente expuesto se pueden deducir las siguientes conclusiones: 1.^a La economía liberal se hizo consciente de la existencia de un nuevo tipo de riqueza. 2.^a Esta riqueza está representada por un bien de naturaleza especial, cuyo núcleo esencial, sustancial y fundamental es la actividad humana incorporada a una organización de elementos de diversa naturaleza. 3.^a Este bien tiene un valor "industrial" distinto y superior al valor real de los elementos

agrupados. 4.^a El mismo puede ser objeto del derecho de propiedad y de negocios jurídicos de transmisión o cesión permanente o temporal. 5.^a Al no estar comprendido en ninguna de las categorías de inmuebles mencionadas en el artículo 334 del Código civil, debe considerarse como mueble a tenor de lo dispuesto en el artículo siguiente de dicho cuerpo legal. 6.^a Dicho bien es mencionado indistintamente en nuestro ordenamiento jurídico con las palabras de: empresa, industria, negocio, explotación, establecimiento, etc.”

“Octavo.—Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, cabe afirmar que, cuando la Ley de 24 de abril de 1958 introduce en el artículo 1.413 del Código civil la expresión “establecimientos mercantiles”, alude con ella al tipo de bienes esbozados en los dos considerando anteriores. Abonan esta solución: 1.^o El tenor literal de la expresión, que en la terminología del Código civil y del Mercantil es, con mayor frecuencia, sinónima de empresa, pudiendo servir de ejemplo, en cuanto al primero, el artículo 1.903, y en cuanto al segundo, los artículos 15, 96, 283, 286. Por otra parte, la Jurisprudencia al definir la “empresa mercantil, dice —sentencia de 21 de diciembre de 1965— que tal definición tiene “corroboration concordante en la Ley de Hipoteca Mobiliaria, que en su artículo 12-1 incluye como cosas susceptibles de hipoteca los establecimientos mercantiles; lo que implica que, en su sentir, empresa y establecimiento mercantil son una misma cosa. 2.^o La razón de ser de la inserción de tal supuesto en el precepto legal. En la época de ésta, paralelamente a la instauración de grandes complejos económicos en forma de sociedades anónimas, prolifera, con sorpresa para los economistas que pronosticaban la concentración, la creación de pequeñas empresas mercantiles; el motivo es de índole jurídica, en cuanto éstas constituyen un medio de convertir el trabajo en un bien valioso, transmisible, cristalización del esfuerzo de uno de los cónyuges —a veces ambos— y medio de vida de muchas familias; por ello el legislador, ante el fenómeno de la difusión de la pequeña empresa y teniendo en cuenta la naturaleza y función de ésta, se creyó obligado a limitar la facultad de disposición del marido sobre ella, a la que considera “expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica”, aduciendo con ello la misma razón, que ya tuvo en cuenta el Código civil cuando concede al padre la facultad de conservar indivisa una explotación “en interés de su familia”.”

“Noveno.—Considerando: Que, para llegar a la conclusión mantenida en el considerando anterior, no son óbice los argumentos esgrimidos por la parte apelada en el acto de la vista, relativos: 1.^o, al valor semántico de la palabra establecimiento, que, a su juicio, evoca en primer término la idea del lugar en que se ejerce la actividad empresarial. Tesis ésta que, desde el punto de vista lingüístico, no puede estimarse completamente correcta, ya que dicha palabra es un sustantivo verbal derivado del verbo establecer, mediante el sufijo “imiento”, el cual denota acción, efecto o acción y efecto, por lo que, si establecer significa: fundar, ins-

tituir, hacer de nuevo, establecimiento debe significar primariamente la acción de fundar, instituir o hacer, o bien, lo fundado, instituido o hecho de nuevo; lo que sucede es que dicho vocablo, sujeto como todos a diversos procesos de transferencia de significado, ha pasado, de significar una idea abstracta y compleja, a denotar otra más concreta y tangible que guarda relación con aquélla, por modo semejante a la transferencia significativa de iglesia-congregación a la iglesia-templo, o, a la que envuelve la propia palabra "teatro" citada por el Abogado del apelado, en la que dicha transferencia aparece oculta, para quien hoy la utiliza, por haberse operado en su idioma de origen, el griego, en el cual el vocablo primitivo era el verbo "zeaomai" (mirar con atención), del que se derivó "zeates" (espectador) y "zeatron" (espectáculo), pasando éste último a significar, en virtud del proceso aludido, el lugar destinado a espectáculos públicos; 2º, a la equiparación entre establecimiento y domicilio del comerciante. Afirmación ésta que, si bien en principio parece inconcusa, no lo es tanto cuando se analizan con alguna detención los artículos 65 y 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que: A) Dichos artículos, en cuanto su finalidad es regular la competencia territorial atienden, no al domicilio-dirección del comerciante, sino al pueblo, y no hablan de establecimiento, sino de centro de operaciones, que puede estar constituido en un pueblo sin destinarse para el mismo un local específico, o con un local-oficina que, como dice la sentencia de 20 de octubre de 1953, es parte accesoria o secundaria del negocio que puede radicar indistintamente en cualquier lugar. B) En el supuesto del comerciante colectivo el domicilio tampoco es el establecimiento, sino el señalado en la escritura de constitución. C) En el caso del comerciante con varios establecimientos tampoco va unido el domicilio al establecimiento. 3º A las dificultades que esta solución plantea al tratar de delimitar el concepto ganancial del establecimiento y la configuración jurídica del acto dispositivo. Estas son evidentes y han sido certeramente expuestas en la doctrina citada por la dirección jurídica de la parte apelada; mas lo que ello implica es la necesidad de que los Tribunales las vayan resolviendo en cada caso concreto con arreglo a su planteamiento."

"Décimo.—Considerando: Que, en relación al buque litigado, son hechos de indudable constancia en autos los siguientes 1º El carácter ganancial del mismo en el momento de celebrarse el contrato, cuyo cumplimiento se pide en la demanda. 2º Su dedicación al transporte regular de personas. 3º La condición de propietario, armador y naviero, que el vendedor tenía respecto al mismo. 4º Ser éste el único buque explotado por él. 5º La impugnación del contrato por la esposa del vendedor, al contestar la demanda, alegando no haber prestado su consentimiento. 6º La ausencia de este consentimiento."

"Undécimo. — Considerando: Que, en relación al buque litigado, son hechos de indudable constancia en autos los siguientes: 1º El carácter ganancial del mismo en el momento de celebrarse el contrato, cuyo cumplimiento se pide en la demanda. 2º Su dedicación al transporte

regular de personas. 3.^º La condición de propietario, armador y naviero, que el vendedor tenía respecto al mismo. 4.^º Ser éste el único buque explotado por él. 5.^º La impugnación del contrato por la esposa del vendedor, al contestar la demanda, alegando no haber prestado su consentimiento. 6.^º La ausencia de este consentimiento.”

“Undécimo. — Considerando: Que la constancia de los hechos mencionados permite eludir el tener que tomar partido en la discusión mantenida en la doctrina sobre la distinción entre empresa de navegación y empresa-nave e incluso empresa-nave-viaje, así como en las disquisiciones concernientes, desde el punto de vista de la empresa, a la función del propietario, del armador y del naviero, quedando, por tanto, limitada la cuestión a determinar si este buque concreto, denominado “Romancito”, tal y como era explotado por el vendedor de su mitad, reúne los requisitos necesarios para poderlo reputar establecimiento mercantil, a efectos del artículo 1.413 del Código civil.”

“Duodécimo. — Considerando: Que la explotación del mencionado buque en la forma en que lo hacía el vendedor ha de calificarse de establecimiento mercantil a los efectos indicados, ya que: 1.^º Constituía una organización, compuesta de elementos materiales (el buque con sus pertenencias y accesorios), elementos personales (la tripulación), incorporales (relaciones jurídicas con Autoridades administrativas, proveedores, clientes, etc.) bajo la dirección del vendedor, como propietario, armador y naviero. 2.^º Es una organización permanente, pues en 1957 aparece ya el vendedor, como armador del buque. 3.^º Destinada a la producción de servicios para el mercado. 4.^º Con autonomía de dirección y de cuentas.

“Décimo tercero.—Considerando: Que, aparte de los requisitos mencionados, comunes a toda clase de empresa según la doctrina más generalizada, concurren en la de autos, en virtud de la reglamentación específica de que es objeto el buque, ciertas características, que son precisamente las que la doctrina echa de menos cuando trata de configurar jurídicamente la empresa; y así cabe espigar en el Código de Comercio las siguientes: 1.^º Separación de las nociones de propietario y empresario (artículo 586). 2.^º Una quasi personalidad atribuida al buque en los artículos 17, 582, 586, 827 y 828, los que, aunque sólo puedan tener un valor metafórico, apuntan una solución basada en una semejanza, que, por haber venido siendo reflejada desde las primitivas leyes marítimas, no puede ser desechada sin sacar de ella algunas consecuencias jurídicas. 3.^º Existencia de patrimonio separado (artículos 587, 590, 837). 4.^º Agrupación del elemento personal en una organización auténticamente coherente, casi autónoma, fuertemente disciplinada, con especificación de funciones (artículos 609 y siguientes). 5.^º Vinculación del hombre de mar al buque para cuyo servicio se contrató (artículo 635). 6.^º Publicidad registral (artículo 573). 7.^º Garantía de préstamo (hipoteca naval, préstamo a la gruesa).”

“Décimo cuarto.—Considerando: Que por todo lo expuesto procede, con revocación de la sentencia apelada, desestimar íntegramente la demanda, y dando lugar al pedimento formulado por la esposa del vendedor declarar ineficaz el contrato, objeto de este pleito, condenando a dicha señora y a los demás demandados a que devuelvan mancomunadamente al actor la cantidad de cincuenta mil pesetas entregadas por él al esposo y causante, respectivamente, de dichos demandados, sin hacer especial declaración sobre el pago de costas en ninguna de las instancias.”

R.

B I B L I O G R A F I A

L I B R O S

FILESI, Teobaldo: «*L'Istituto della famiglia nelle Costituzioni degli Stati Africani*». Dott. A. Giuffrè, Milano, 1969; 318 págs.

El Derecho de Familia de los nuevos Estados Africanos es un auténtico desafío a las normas usuales en que se ha elaborado hasta ahora esta rama del viejo «Ius Civilis» en los países europeos. En términos generales y aproximativos puede decirse que en los régimenes jurídicos-familiares hoy vigentes en los países occidentales está sedimentada una larga tradición con numerosas aportaciones religiosas, ideológicas y políticas. Incluso las más radicales reformas revolucionarias en este ámbito, como fue en su tiempo la francesa, o actualmente la de los países comunistas, después de algunos tanteos e indecisiones también han tenido que ser tributarias de la común tradición. Las democracias populares aceptan la forma de un matrimonio civil secundario tal como lo introdujo la Revolución Francesa, y en el Derecho del Código de Napoleón no es difícil descubrir las líneas de la concepción canónica del matrimonio.

Pero los países africanos no han tenido tiempo ni sosiego para sedimentar su Derecho familiar, y de modo explosivo están pasando de su viejo Derecho consuetudinario a un derecho tecnificado, imitado de los países europeos. El salto es demasiado brusco en fórmulas y en distancia, y el riesgo de ruptura demasiado evidente para que los juristas sensibles al destino de sus instituciones dejen de inquietarse; así se explica la «*Prière à Thémis pour l'Afrique*» del profesor Decottignies, decano de Dakar. Por otra parte, todavía es prematuro vaticinar las líneas de fuerza que va a seguir la evolución del Derecho de familia en los países africanos, de suerte que el observador atento sólo puede avanzar hipótesis más o menos probables.

Ello no impide valorar muy positivamente el enorme acopio de datos representado por este libro, abundantemente documentado, y casi exhaustivo en su objeto, pues prácticamente contiene referencias a la totalidad de países africanos independientes agrupados por determinadas afinidades.

El autor ordena el Derecho de familia en cinco grupos. En el primero incluye a los países de África del Norte (la R. A. U., Libia, Argelia, Túnez y Marruecos). En el segundo incluye a Liberia, Etiopía, Sudán y Somalia. En el tercero agrupa a los países de expresión francesa juntamente con Madagascar. A continuación se ocupa del Congo-Kinshasa, Rwanda y Burundi. Por último estudia los países de expresión inglesa. Es curioso que ni siquiera falte una brevíssima alusión a la Guinea Ecuatorial.

Ya se comprende que la amplitud de la materia tratada no permite una profundización, pero la novedad del tema y la abundancia de información suministrada concede subido interés a la presente obra, escrita con un espíritu muy comprensivo para el Derecho de los nuevos estados africanos.

GONDRA ROMERO, José María: "Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo". Ed. TECNOS. Madrid, 1970; 147 págs.

No parece necesario resaltar la importancia económica de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo. De donde el considerable interés intrínseco y práctico de la Obra de José María Gondra. Que constituye un sereno y objetivo estudio de la compleja problemática que aquellas operaciones presentan. Máxime al entenderlas de modo tan amplio como para englobar el conjunto de operaciones propias de la "fase terrestre" del transporte marítimo.

Fue la Universidad la primera destinataria de esta Obra que surgió como tesis que propuso Gondra para la obtención de su Doctorado en la Facultad de Derecho de Madrid, y que le mereció muy justamente la máxima calificación.

No es por lo tanto de extrañar la documentación y serenidad en el tratamiento de los problemas. Que, sin embargo, se contemplan desde perspectivas indicadoras del buen conocimiento de la materia económica que late en su fondo.

Pero creo que precisamente por ese su primer destino, es digno de destacar la sencillez y la forma concisa de la exposición que, a mi juicio, representan en último término la claridad de las ideas del autor y la seguridad en sus juicios. Fundamentadas una y otra sin duda en el análisis reflexivo y ponderado de una selecta doctrina científica y jurisprudencial.

Supuesta la íntima conexión que guardan las operaciones de carga y descarga con el contenido de la prestación típica del transporte marítimo, y al mismo tiempo la creciente especialización en las tareas y en las funciones que determinan la aparición de las empresas especializadas independientes, se advierten las dificultades de orden sistemático que habrían de plantearse para el estudio. Y entiendo que Gondra las ha resuelto con acierto, separando de una parte el análisis del régimen jurídico de las operaciones desde la óptica del esquema contractual del transporte, y, de otra, su estudio en el ámbito del contrato específico con la empresa independiente. Para destinar otra parte de la Obra al exámen de las cuestiones derivadas de la intervención de la Administración Pública en la materia.

Tal sistemática se muestra útil al objetivo de esclarecer las dos cuestiones que básicamente constituyen el núcleo del objeto de la investigación. A saber, la relativa a la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual por el dueño de las mercancías dañadas o perdidas en la fase de carga y descarga y la determinación del régimen de responsabilidad al que se someten tales operaciones.

La incidencia de las mismas en la esfera de responsabilidad propia del porteador marítimo exige como presupuesto la delimitación del contenido típico de su prestación como tal portador. Para lo que Gondra atiende tanto al régimen legal derivado del Código de comercio y de la Ley de

1949, como al convencional implicado en las cláusulas "alongside", "FIO", y en la "cesser clause".

Una vez delimitado el contenido de la prestación del porteador, el siguiente paso consiste en investigar el alcance y significado del régimen de su responsabilidad respecto de las operaciones de carga y descarga.

Y en esta parte, considero destacable la aceptación de la buena doctrina sobre el fletamento como transporte en nuestro Código de comercio, y el acierto de la fundamentación de la tesis de la unidad del contrato de transporte marítimo no obstante su aparente secccionamiento en el Convenio de Bruselas y en la Ley española de 1949 que lo introdujo.

En relación con estos puntos se han llevado a notas de pie de página aspectos de indudable interés que aun cuando constituyan una base polémica no se restará en ningún caso ni el rigor del planteamiento ni lo fundamentado de la interpretación ni, en suma, lo que representan de formación jurídica del autor.

Cuando las operaciones de carga y descarga se llevan a cabo por empresa independiente los problemas giran en torno a la voluntaria o necesaria intervención de la misma, y a la significación que merece quién sea el sujeto de la elección, en cuanto determinante de la persona por cuya cuenta la empresa actúa. Y así separadamente analiza Gondra la materia para obtener conclusiones sobre la posibilidad de una legitimación pasiva de la empresa frente al dueño de la carga en la acción de responsabilidad contractual. Y se dvierte el cuidado del autor en el estudio de las corrientes doctrinales proclives a la admisión de tal legitimación en todo caso. Una crítica rigurosa de las diversas construcciones que se formula en apoyo de aquella posición desemboca en el criterio contrario, que sin desconocer las genéricas supuestas razones de equidad que pudieran aconsejar admitirla, precisamente por su carácter genérico y su innegable trascendencia práctica exigen como único fundamento posible una decisión legislativa. No se trata por lo tanto de mantener una cerrada posición conceptual sino de reconocer la inexcusable virtualidad del Ordenamiento positivo como referencia de cualquier construcción científica.

Se completa el estudio con un meritorio esfuerzo tendente a esclarecer la naturaleza jurídica del contrato de carga y descarga, en función igualmente de los diversos supuestos en que se concluye.

En suma, la Obra de José María Gondra se presenta como cumplida contribución al estudio de los complejos problemas que plantea una materia no suficientemente tratada hasta ahora entre nosotros, continuando de este modo la dirección emprendida por autores que se ocupan ya con rigor indiscutible de las cuestiones de Derecho marítimo.

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA

MARMIER, Marie-Pierre: «*Sociologie de l'adoption (etude de sociologie juridique)*». Preface de Jean Carbonnier. Bibliothèque de Droit Privé, Tome C. Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, París, 1969; 422 págs.

Cuando la adopción en España y en Europa se encuentra propiamente «en estado constituyente» no puede menos de saludarse con alborozo la oportunidad de Tesis Doctorales, como la presente, realizadas con fino sentido jurídico y riguroso método de sociología jurídica; al mismo tiempo que se lamenta el recensor de que el legislador español no pueda disponer de muchos estudios como el presente a la hora de reformar nuestro Derecho de adopción.

Se pregunta la autora de esta Tesis Doctoral: ¿Qué es, pues, esta Institución «vieille comme le monde», que en medio del siglo XX desencadena todavía las pasiones, suscita campañas en la radio, en la Prensa y en la opinión pública, y es objeto de una atención muy particular de parte del legislador? En un siglo en que la noción de interés tiende a confundirse con la búsqueda del bienestar, la adopción es una respuesta a necesidades no satisfechas por el orden natural de los acontecimientos, que, por lo general, provee de padres a hijos y de descendencia a los cónyuges. Pero en tanto que sustituto de la filiación según la sangre, se inscribe en las costumbres y parece pertenecer al dominio de las relaciones humanas no jurídica. Sin embargo, el Derecho la penetra, la organiza y la reglamenta, y el título VIII «De la filiación adoptiva» encuentra su lugar en el Código civil. En efecto, la adopción es una de las Instituciones que mejor se presentan a los estudios de sociología jurídica, pues como observa Carbonnier en el prólogo, toda sociología de la adopción es necesariamente una sociología del Derecho.

Los materiales que la autora ha utilizado para elaborar esta Tesis son, a la vez, limitados estadísticamente, pero completos, al menos en relación con los estudios realizados hasta ahora. Fundamentalmente han sido: Las estadísticas judiciales, contenidas en la Cuenta General de la Justicia Civil, publicada cada año por el Ministerio de Justicia sobre la base de las sentencias dictadas; y la Encuesta de la Comisión de reforma constituida en el Ministerio de Justicia con la finalidad de lograr un mejor conocimiento sociológico de la Institución de la adopción. También ha examinado los «dossiers» de las sentencias y ha realizado directamente encuestas sobre la materia en el seno de los hogares adoptivos. Con espíritu crítico no se ocultan las insuficiencias del material utilizado, que, pese a todo, resulta de gran interés.

La obra es rica en observaciones de todo tipo, y sin elevar a categoría dogmática sus resultados, un jurista que sepa utilizarla adecuadamente, podrá obtener mucho fruto de su lectura.

Después de una introducción, en la que se pone de relieve que las sociedades de tipo occidental pueden considerarse globalmente como teniendo una concepción común de la adopción en sentido amplio, y en la que se describe a grandes rasgos la evolución de la adopción en Francia, la obra se articula en dos grandes títulos, que tratan, respectivamente, de la descripción sociológica de la adopción y de los problemas sociológicos de la misma.

El artículo relativo a las funciones de la adopción me parece de los mejor elaborados, distinguiéndose las que se refieren al interés particular de los intervenientes y al interés social, analizándose unas y otras con especial detalle, sin olvidar las eventuales disfunciones de la adopción y el impacto que en la misma pudiera tener una política excesivamente intensa de planificación familiar. También es rico en observaciones el análisis sociológico de los conflictos suscitados por la adopción.

La obra contiene en los Anexos el material y los formularios utilizados en las encuestas, así como una lista de Instituciones relativas a la adopción en Francia.

El prólogo de Carbonier, como siempre, no tiene desperdicio.

La Biblioteca de Derecho Privado que dirige el profesor jubilado Henry Solus alcanza con este volumen el número 100 de la colección. Debe destacarse la excelente calidad de bastantes de las obras publicadas en la misma, por lo cual debemos felicitar a su director.

Gabriel GARCIA CANTERO

MORIN, Michel: «La reforme de l'adoption». Repertoire du Notariat Defre-nois, Paris, 1967; 126 págs.

La presente obra está incluida en el famoso repertorio notarial Defrenois, de la que constituye una separata. La Ley francesa de 1966 fue comentada en este Anuario por Vega Sala (1), y en la presente obra es objeto de una exégesis sin grandes pretensiones científicas, al hilo de los trabajos legislativos que prepararon el nuevo texto legal, y con una finalidad fundamentalmente práctica.

La obra se ocupa de los aspectos sustantivos de la «adoption plenière», estudiando los requisitos de la misma, el procedimiento y los efectos; a continuación trata de la simple adopción, con parecida sistemática; es de notar que el autor defiende la utilidad de esa figura. También se presta atención a las normas de procedimiento de declaración de abandono, de adopción y de revocación de la adopción simple.

Para la práctica son útiles las once fórmulas sobre diversos aspectos y situaciones de hecho que pueden originar la adopción en cualquiera de sus formas. Una última parte comprende los textos legales, incluyendo las disposiciones de la Ley de 1966.

Dentro de la modestia de sus objetivos, estimamos que la obra cumple la finalidad perseguida, y es útil para quien se interesa por el Derecho comparado.

Gabriel GARCIA CANTERO

(1) VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Francia*, en *ADC*. 20, 1968, 565 ss.

SIMO SANTOJA, V. L.: «Capacidad y regímenes matrimoniales extranjeros». Madrid, 1970. Editorial Tecnos. Un volumen de 369 págs.

La organización social, política y económica contemporánea, con su tecnología y rápidos medios de transporte, permite que los contactos y relaciones entre los pueblos sean cada vez más intensos, que las personas nacidas y adscritas a una comunidad nacional se trasladen a otra, entablen relaciones o permanezcan en ella, más o menos transitoriamente (por turismo o viajes de negocio), o con cierta permanencia (por ser residentes). Es decir, que el ámbito normativo de las relaciones internacionales privadas ha ganado en intensidad y también ha adquirido nuevas dimensiones.

Los juristas españoles se ven sometidos en la actualidad a tener que evaluar consultas, a asistir a actos o a intervenir en situaciones conflictuales, con cierta frecuencia, en las que no basta estar al corriente del ordenamiento nacional, sino que ha de conocerse el de otros países. Sin embargo, nuestra literatura jurídica comparada es escasa. Tan sólo los profesores universitarios, y algunos otros juristas aficionados, se dedican a ofrecer el resultado de sus estudios, por lo que no es frecuente encontrar en la bibliografía española obras dedicadas a las instituciones extranjeras. El análisis de las causas de su exigua promoción no es de este lugar.

Una valiosa excepción a este panorama es la que presenta el cuerpo notarial que, por su gran preparación teórica y su acumulada práctica jurídica, contribuye con el prestigio de sus aportaciones doctrinales a formar una obra sólida y eficaz, a realizar una labor exegética e interpretativa con capacidad creadora. En el ámbito del derecho comparado el notariado español está dándonos el valioso aporte de sus contribuciones y de sus estudios ante las cuestiones más palpitantes en las relaciones jurídicas actuales.

Una obra más, de uno de sus ilustres miembros, es la de Simó Santoja, concretamente en una materia que presenta, paradojalmente, la estrechez de los cauces e intereses nacionales, por una parte, y la universalidad o igualdad de tratamiento que debe suponer la persona humana. De aquí que el autor no pudiera limitarse a una presentación de los distintos ordenamientos que regulan la capacidad de la persona y sus circunstancias modificativas, así como lo referente a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, sino que abordó de un modo completo las reglas de conflicto por las que se determina la ley aplicable a dichas relaciones jurídicas en aquellos países europeos y americanos que mayor contacto mantienen con nosotros.

Su obra, además de la información que puede presta para una asesoría de las cuestiones legales y jurisprudenciales en esta materia, ha tratado —diciéndolo con las propias palabras del autor— que el derecho internacional privado no sea una mera sombra y espectro vano por construirlo a espaldas del Derecho comparado; su intención es que la comparación sea útil, que las analogías o diferencias entre los sistemas pueda obtenerlas cada cual en base a un criterio muy práctico que permita llegar a soluciones en los problemas que plantea la vida cotidiana.

No podía faltar la perspectiva histórica en la materia, vínculo de unión con el pasado, que explica el presente y que puede proyectarnos con más cons-

ciencia en el futuro. Los restantes tres capítulos de esta obra tratan, respectivamente, la capacidad, sus circunstancias modificativas y los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, mediante el desarrollo de un idéntico esquema: una referencia al Derecho privado material comparado; el estudio de la teoría general de los conflictos de leyes a través de la ley competente; sus excepciones; los congresos y los tratados; el análisis del derecho conflictual en catorce países europeos y cuatro americanos, y los problemas y soluciones correspondientes que se plantean en el Derecho español.

Por último, esta gran obra recoge en «apéndice», por una parte, los textos de las reglas de conflicto de los países europeos y americanos y, por otra, las normas de derecho material relativas a los mismos tratados.

José BONET CORREA

REVISTAS

A cargo de
BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo.
MORALES MORENO, Antonio Manuel

DERECHO CIVIL

1. Parte General

AGUNDEZ, Antonio: «Formación literaria del jurista». **RGLJ**, febrero de 1970; págs. 173-193.

Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 29 de mayo de 1969, que versa sobre la influencia del lenguaje en el Derecho y la consecuente importancia del conocimiento de aquél por parte del jurista.

CAPPELLETTI, Mauro: «Gli organi di controllo della legittimità costituzionali delle leggi». **RTDP**, XXI (1967); págs. 863 a 893.

Sobre el control de la legitimidad constitucional de las leyes distingue el autor dos sistemas, el americano y el austriaco. Según el primero, el control corresponde a todos los órganos judiciales del ordenamiento jurídico, siendo ejercitado incidentalmente con ocasión de la decisión del asunto sometido a su competencia. Según el otro sistema el poder de control se concentra tan sólo en un órgano jurídico.

Tras el análisis del área de influencia de cada uno de estos sistemas de control, pasa el autor a señalar sus defectos y posibles correcciones. Por fin, se ofrece la solución francesa de control exclusivamente político de la constitucionalidad de las leyes.

CRISCUOLI, Giovanni: «Valore semantico e contenuto dommatico dell'espressione «common law» nel linguaggio giuridico italiano». **RTDP**, XXI (1967); págs. 1466 a 1473.

El autor propone que se cambie el género femenino usado en Italia para designar al *common law* por el masculino, de utilización habitual en España.

ROMEO LAGUNAS, Manuel José: «Las lagunas de la Ley y la analogía jurídica». **RGLJ**, febrero de 1970; págs. 194-244.

Estudio de la analogía como forma de realización del Derecho comprendida en la teoría funcional de la elaboración del Derecho. Se divide en dos

partes. En la primera se atiende a las lagunas del ordenamiento; en la segunda, a la técnica de integración de esas lagunas con la ayuda de la analogía.

VIGORITI, Vincenzo: «*Problemi del proceso costituzionale poteri discrezionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza*». *RTDP, XXI* (1967); págs. 1474 a 1496.

Por lo que se refiere al problema de los poderes discrecionales del juez constitucional, considera el autor que la solución adoptada en el ordenamiento americano, aunque no pueda ser adoptada en el sistema italiano puede aportar una enseñanza fundamental proveniente de la secular experiencia americana: la necesidad de modificar el ordenamiento italiano en el sentido de atribuir a la Corte constitucional poderes discrecionales que le permitan obtener resultados semejantes a los que en los Estados Unidos se consiguen.

VILLATA, Riccardo: «*Il conflitto di attribuzioni sollevato dal prefetto*». *RTDP, XXI* (1967), págs. 894 a 946.

Se exponen los antecedentes históricos del artículo 41, 2º, C. p. c. que atribuye derecho a la Administración para postular, sin ser parte en el proceso, que se declare por la Corte de casación el defecto de jurisdicción del juez ordinario, por causa de los poderes atribuidos por la Ley a la Administración misma. Sobre dicho precepto se señala el procedimiento de incoación del conflicto y se hacen consideraciones sobre la oportunidad de atribuir al Prefecto los poderes que se consideran. Concluye el trabajo con unas observaciones acerca de la naturaleza jurídica de la actividad del Prefecto en la incoación del conflicto.

2. Derecho de la persona

DONISI, Carmine: «*In tema di nullità supervenuta del negocio giuridico*». *RTDP, año XXI* (1967); págs. 755 a 824.

Junto a la nulidad originaria se admite la nulidad sobrevenida como concepto jurídico diferente de la ineeficacia sobrevenida. La nulidad sobrevenida incide en un negocio jurídico anteriormente válido y provisto de todos sus elementos. Se justifica su utilidad en algunos supuestos: nulidad del testamento consecuencia de la condena a prisión de su autor, ley posterior al negocio que determina su nulidad...

FORCHIELLI, Paolo: «*In torno alla responsabilitá senza colpa*». *RTDP, XXI* (1967); págs. 1378 a 1398.

La responsabilidad objetiva o sin culpa, aparece como la antítesis del tradicional principio: «No hay responsabilidad sin culpa». Asistimos hoy a una crisis del sistema de responsabilidad civil; en estos momentos el criterio de la culpa es demasiado estrecho para abrazar una serie de acontecimientos

dañosos en relación con los cuales la sociedad postula una responsabilidad. Se pasa a estudiar la responsabilidad subjetiva y objetiva en el marco de la legislación vigente, y se hace una abstracta justificación de la responsabilidad sin culpa.

El trabajo contiene además estos apartados: Responsabilidad objetiva en el Derecho penal; teoría del riesgo; el criterio de la capacidad económica para soportar el riesgo; libre iniciativa y seguridad; la función asegurativa de la nueva forma de responsabilidad objetiva; disociación del concepto de responsabilidad sin culpa con el concepto de ilícito; inadmisibilidad de una aplicación analógica de las reglas sobre responsabilidad objetiva.

MARSA VANCELLS, Plutarco: «Racismo y Derecho civil». RGLJ, enero de 1970; págs. 9-95.

Se estudia el tratamiento jurídico de la diversidad de razas en el Derecho comparado. Tras una referencia a la posición de la Iglesia Católica, el autor señala la solución que considera oportuna para los problemas planteados por la subsistencia del racismo.

MENDIZABAL OSSES, Luis: «El asociacionismo juvenil ante el Derecho». RGLJ, enero de 1970; págs. 96-126.

El autor estudia las formas de manifestación del asociacionismo juvenil y su naturaleza jurídica. Después se ocupa de la personalidad jurídica de la asociación juvenil, de su representación y de los órganos de tutela social de la misma.

4. Obligaciones y contratos

AUBERT, Jean-Luc: «Le Droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur». RTDC, octubre-diciembre de 1969; págs. 692-715.

El autor estudia los medios que el ordenamiento presta al acreedor para controlar la actividad patrimonial del deudor que puede redundar en perjuicio de la efectividad de su crédito. Dentro de este campo se ocupa especialmente de la posible actuación del acreedor frente a los actos nulos o anulables de su deudor.

GHEZZI, Giorgio: «L'esclusiva nel contratto di agenzia». RTDP, XXI (1967); págs. 825 a 862.

La exclusiva es una figura que, añadida a cualquier negocio jurídico, implica una obligación, unilateral o bilateral de contratar tan sólo con la otra parte en orden a la prestación de un bien o de un determinado servicio. El artículo 1.743 del Código civil italiano prevé, en particular un derecho de exclusiva recíproca, referido al contrato de agencia. Sobre esta temática se desarrolla el presente trabajo.

HONORAT, Jean: «Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en Droit actuel». RTDC, octubre-diciembre de 1969; págs. 653-691.

Frente a las corrientes doctrinales dominantes que no ven en el cuasicontrato sino una figura histórica residual, el autor realiza una defensa del mismo, tanto por lo que se refiere a su vigencia y valor actuales, como por lo que se refiere a una posible utilización de la figura con vistas a nuevas realidades del tráfico difícilmente encajables en otras figuras tradicionales.

LEVY, Gérald: «Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion». RTDC, enero-marzo de 1970; págs. 1-63.

Este trabajo se divide en tres partes. En la primera se estudia el concepto de vicio a los efectos de las acciones edilicias. En la segunda se estudia la extensión de la obligación de garantía frente a los vicios. Y en la tercera, se atiende a las particularidades de la compraventa de automóviles y su influencia en la problemática de los vicios redhibitorios.

LISERRE, Antonio: «La rilevanza delle dichiarazioni giudiziali dei contraenti in ordine alla prova dell'avvenuta stipulazione di un contratto formale». RTDP, XXI (1967); págs. 1398 a 1416.

Si el legislador prevé, para la validez del acto o para su prueba que un contrato sea celebrado por escrito, exige al mismo tiempo que los contratantes conserven diligentemente el documento. Cuando se ha previsto una forma *ad substantiam*, esta exigencia formal contempla un interés público, y por tanto, en caso de pérdida del documento, la prueba de cumplimiento de este deber es condición indispensable para demostrar el acuerdo contractual. En cambio, cuando se exige la forma tan sólo *ad probacionem*, se tutela exclusivamente el interés del contratante en la contienda judicial.

5. Derecho de la familia

ARCE Y FLORES-VALDES, Joaquín: «La regulación legal española sobre filiación ilegítima a la luz de los derechos del niño». RGLJ, marzo de 1979; págs. 343-378.

Conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Comisión Católica Española de la Infancia, en conmemoración del X Aniversario de la Declaración Universal de Derechos del Niño. Se estructura en cuatro partes que tratan de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos del Niño, la regulación legal española sobre la filiación y los Derechos básicos del niño.

BERRI, Mario: «Rilievi sulla riforma della legislazione civile in materia di filiazione adulterina». RTDP, XXI (1967); págs. 1292 a 1308.

Se establece en primer término una comparación entre el Proyecto de Ley

gubernativo y la proposición proveniente del Partido Comunista. Esta última no pone límite al reconocimiento de los hijos adulterinos y los equipara a los legítimos en la sucesión de sus progenitores. El Proyecto que se considera introduce un reconocimiento atenuado de los hijos adulterinos por parte del progenitor casado al tiempo de la concepción y actualmente separado, y tiende a introducir al hijo adulterino en la familia, junto a los hijos legítimos.

ERNST.HENRION, Marlise: «Lo «status» giuridico della donna coniugata in Belgio», RTDP, XXI (1967); págs. 1039 a 1047.

Se hace historia del «status» jurídico de la mujer casada en el Derecho belga, partiendo del régimen del Código de Napoleón. Se señalan las reformas introducidas por la ley de 1932, que son las siguientes: Contribución de cada uno de los esposos a las cargas de la familia según su disponibilidad y su condición; posibilidad de recurrir la mujer en caso de grave incumplimiento por el otro cónyuge de sus obligaciones; algunos paliativos respecto al mantenimiento de la incapacidad de la mujer casada, aunque se sigue necesitando de la autorización del marido para los actos que señala el autor.

La ley de 30 de abril de 1958 relativa a «los derechos y deberes de los cónyuges», completa y modifica la de 20 de julio de 1932. Se expone el proceso de elaboración de la misma y se señalan los extremos fundamentales a que afectó la modificación. Estos son: deberes reciprocos de los cónyuges, forma de entender la residencia conyugal, capacidad civil de los cónyuges.

FRENISY, Anne-Marie: «La preuve de la propriété et des pouvoirs dans les régimes matrimoniaux depuis la Loi du 13 juillet 1965», RTDC, enero-marzo de 1970; págs. 64-112.

En este trabajo se pone de relieve la importancia de la prueba de la propiedad y de los poderes con relación a cada uno de los cónyuges, para el funcionamiento eficaz de los nuevos regímenes matrimoniales establecidos por el legislador francés. A este respecto, el autor emite un juicio de valor positivo sobre la adecuación de dichos medios existentes en el ordenamiento francés a las nuevas realidades económico-matrimoniales.

PINO, Augusto: «Spunti critici sul disegno di legge in riforma del diritto familiare», RTDP, XXI (1967); págs. 1205 a 1292.

El autor continúa el estudio crítico del Proyecto de Ley de reforma del Derecho de familia en Italia. En esta ocasión se dedica al análisis de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Comienza por referirse a la reforma que se propone; posteriormente analiza «el fondo patrimonial», previsto con destino a sostener las cargas del matrimonio, figura de cierto parentesco con la dote pero de mayor agilidad. Analiza también la separación de bienes y la comunidad de bienes en el Proyecto.

6. Derecho de sucesiones

TRABUCCHI, Alberto: «L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative». **RDDC**, enero-febrero de 1970; págs. 39-64.

Visión panorámica de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano en torno al tema de la desheredación.

DERECHO MERCANTIL**2. Comerciante y sociedades**

SOTGIA, Sergio: «La reforma de la sociedad anónima y la Bolsa en Italia». **RDM**, enero-marzo de 1970; págs. 7-26.

Artículo del profesor italiano, traducido por J. L. Iglesias Prada, en el que se estudian las estrechas conexiones existentes entre Bolsa y regulación jurídica de la sociedad anónima, con vistas a la reforma de esta última que se prepara en Italia.

3. Cosas mercantiles

BONASO BENUCCI, Eduardo: «Il brevetto internazionale». **RDDC**, enero-febrero de 1970; págs. 10-38.

Tras una parte introductoria en la que el autor nos habla de la tendencia existente actualmente hacia una internacionalización del derecho de patentes, se analizan críticamente el Anteproyecto de convenio relativo al establecimiento de un sistema europeo de concesión de patentes y el Proyecto de Convenio sobre el mismo tema del Mercado Común Europeo.

GONDRA ROMERO, José María: «En torno a la validez y eficacia de la cláusula «sin gastos» en Derecho cambiario español». **RDM**, enero-marzo de 1970; págs. 27-83.

Tras una introducción en la que se exponen las dos interpretaciones que tradicionalmente se dan a la cláusula «sin gastos» (prohibición de protesto-dispensa del protesto), se pasa a estudiar detenidamente la necesidad del protesto para el ejercicio de las acciones cambiarias de regreso desde una perspectiva histórico-comparada. La última parte se dedica al ordenamiento español, con respecto al cual el autor ofrece algunas posibles soluciones al problema, de *lege ferenda*.

DERECHO PROCESAL

SATTA, Filippo: «L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento». *RTDP, XXI* (1967); págs. 947 a 1031.

Se desarrolla el trabajo en torno a dos ejes problemáticos: la ejecución en el sistema de la tutela del ciudadano contra la Administración Pública, y el problema de la obediencia y de la ejecución de la sentencia de anulación.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do 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 = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia)
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Rivista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSp = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).

- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de 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 Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de 'Droit Français et étranger' (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
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 Commerciel (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo)
SJ = Svenstl Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

I. Colaboración de Juan CADARSO PALAU.

1. **CONTRATO DE OBRAS DESISTIMIENTO DEL DUEÑO: CUESTIÓN NUEVA: ACTOS PROPIOS:** *No desvirtúa la pretensión indemnizatoria surgida del artículo 1.594 C. c. para el caso de desistimiento del comitente, la alegación de que dicho artículo no es aplicable a contratos distintos de los concertados por ajuste o precio alzado, pues dicha alegación, por ser hecha en fase de recurso, constituye cuestión nueva, ni tampoco es posible desconocer la aplicabilidad de dicha norma cuando anteriormente se hizo uso del derecho que la misma concedía, lo cual implicaría contravención del principio general que prohíbe ir válidamente contra los propios actos.*

PRUEBA: *No puede estimarse error de hecho en la apreciación de las pruebas cuando el contenido de éstas no se opone a las declaraciones fácticas admitidas por la Sala sentenciadora.*

INDEMNIZACIÓN POR DESESTIMIENTO: *La indemnización que el artículo 1.594 C. c. establece es exigible por el simple hecho del desestimiento del dueño y no debe ser confundida con la surgida del párrafo segundo del artículo 1.124 C. c., pues ambos artículos son preceptos autónomos e independientes entre sí, que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento.* [S. de 24 de enero de 1970; no ha lugar.]

2. **CONTRATO DE OBRA: OBRAS POR ADMINISTRACIÓN: JUSTO PRECIO:** *No pudiendo reputarse certificaciones de obra las facturas aportadas que no están extendidas por director técnico, y no habiéndose demostrado la recepción de conformidad del comitente, a falta de contrato escrito y prueba determinante de lo contratado se contempla una obra realizada por el sistema de administración, en la que los pagos efectuados deben reputarse hechos a cuenta y la obligación se limita al abono de las obras según su justo precio.*

TASACIÓN PERICIAL: *No es impugnable la rebaja del veinte por ciento sobre la tasación pericial practicada, en cuanto que obedece a la libre facultad de apreciación que el artículo 632 LEC concede al Tribunal.* [S. de 26 de enero de 1970; no ha lugar.]

II. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL.

1. **CARGA DE LA PRUEBA: DEFECTO DEL RECURSO:** *Según doctrina reiteradísima de esta Sala, la regla general contenida en el artículo 1.214 del C. c., justa-*

mente por su carácter genérico, no puede ser base, ante su supuesta violación, para un recurso de casación por infracción de ley, excepto en el caso, que aquí no concurre, de que el Juzgado, ante supuestos indiscutibles, imponga la necesidad de probar a quién no le incumbe.

CAUSA: CARENCIA DE PRECIO EN UNA COMPROVENTA: *La falta de precio determina la falsedad de la causa y, por consiguiente, la inexistencia, en principio, del contrato.*

SIMULACIÓN: PRUEBA DE LA VERDADERA CAUSA: *La alegación y prueba de la causa verdadera y lícita con arreglo al artículo 1.276 del C. c., cuando el Tribunal haya estimado la falta de la consignada en el contrato por aplicación de los artículos 1.261 y 1.274, corresponde a quien sostiene su virtualidad y eficacia.*

SIMULACIÓN: DEFECTO DEL RECURSO: *Los hechos en que ha de fundarse la simulación de un contrato son de la apreciación del Tribunal "a quo" y sus decisiones al respecto no pueden ser atacadas con la sola cita, como infringido, del artículo 1.261 del C. c., al cual no es susceptible de ser aisladamente considerado sin la relación precisa con los de las demás Secciones del Capítulo que desarrollan el precepto. [S. de 24 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

2. NULIDAD DE PATENTE DE INTRODUCCIÓN: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL TITULAR DE PATENTE CADUCADA: *No obsta a la legitimación pasiva del demandado que por certificación del Registro se acrecrite que su patente está incursa en caducidad, pues el artículo 117 del Estatuto exige que la caducidad sea declarada formalmente tanto en el expediente como en los libros registros, con el correspondiente sello y publicación en el "B. O. de la Propiedad Industrial".*

ABUSO DE DERECHO: *La alegación de la caducidad por el demandado constituye un verdadero abuso de derecho porque pretendía conseguir que su patente pasara al dominio público, al hacerla artificialmente caducar, invalidando los derechos del titular de otra patente anterior que había copiado y anulado la protección que el Estatuto de la Propiedad Industrial concede a los inventores registrados. [S. de 17 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

3. DIVORCIO VINCULAR DE MATRIMONIO CIVIL DE EXTRANJEROS: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *No puede ponerse en marcha la actividad judicial para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre con todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal, como ya han declarado las Ss. de 23 de febrero de 1944 y 10 de octubre de 1960, y recoge la Res. de la D. G. R. N., del 10 de agosto de 1961. [S. de 12 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

4. BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL C. C.: *Esta presunción no puede ser atacada por simples conjeturas, deducciones ni pre-*

sunciones "hominis", pero puede llegar a ser desvirtuada por hechos probados que acrediten la pertenencia privativa del dinero con que se adquirió el bien.

BIENES GANANCIALES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *La inscripción de la finca comprada como presuntivamente ganancial, por haber manifestado la mujer, sin llegar a acreditarlo, el carácter privativo del marido del dinero de la compra, no impide que pueda justificarse posteriormente esta naturaleza, como establece hoy el último párrafo del artículo 95 del R. H. y siendo posible entonces la venta efectuada sólo por el marido.* [S. de 10 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

5. VIUDEDAD ARAGONESA: EXTINCIÓN POR FALTA DE INVENTARIO: *La no formación de inventario en el plazo legal determina la extinción de la viudedad foral con arreglo al artículo 68, último párrafo, del Apéndice, el cual no puede ser interpretado en el sentido de que aquella falta sólo ocasiona que los disfrutes no se hacen efectivos en favor del viudo, sino que quedan incorporados al caudal usufructuable, sin que cese la viudedad universal.*

SOCIEDAD LEGAL CONTINUADA: *Al perderse la viudedad universal nace la sociedad continuada al sobreviviente y los herederos del difunto.*

PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: *Su estimación incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugna la existencia y realidad del hecho base o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil.* [S. de 19 de febrero de 1970; no ha lugar.]

6. RESERVA TRONCAL VIZCAÍNA: SU FUNCIONAMIENTO: *Con relación a la línea colateral son bienes troncales los raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante; y éste, existiendo parientes tronqueros, no puede disponer a título gratuito más que a favor de éstos, y a título oneroso cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 52, pues de no hacerlo así, los tronqueros pueden instar la nulidad de la venta ejercitando el derecho de saca.*

DERECHO DE SACA: SUS EFECTOS: *Si este derecho no se ejerce en el plazo legal queda perfecta la compraventa realizada, lo que demuestra que ésta es meramente anulable y sólo en el sentido de dar efectividad a un preferente derecho de adquisición, y que el bien raíz enajenado no vuelve a ingresar en el patrimonio del vendedor.*

RESERVA TRONCAL VIZCAÍNA: SU FINALIDAD: *De las reglas señaladas se desprende claramente la finalidad de la institución, que no es otra sino impedir la disgregación del patrimonio inmueble de la familia vizcaína, estableciendo para ello las limitaciones imprescindibles al derecho de propiedad, que, por tanto, no pueden ser objeto de interpretación extensiva.*

SUBROGACIÓN REAL EN BIENES TRONCALES: *El dinero procedente de la venta anulada no adquiere la condición de bien reservable por subrogación real, ya que no hay precepto alguno en la Compilación que así lo autorice; y, por tanto, al fallecer el testador no existían bienes troncales.*

CUESTIÓN NUEVA: FRAUDE DE LEY: *La denuncia de fraude a la ley, como cuestión nueva no alegada oportunamente en la instancia, no puede ser examinada en casación; porque, además, el ejercicio de una facultad legalmente reconocida no puede ser origen de un fraude legal, tanto más cuando el transcurso de casi un año entre la venta y la muerte del testador alejan toda presunción en tal sentido.* [S. de 17 de febrero de 1970; no ha lugar.]

NOTA: En el mismo día y ante el mismo Notario, un vizcaíno otorgó escritura de venta de todos sus bienes raíces a favor de un extraño, y, de otra parte, su testamento, en el que instituía heredero universal a otra persona igualmente extraña a su familia. Los parientes tronqueros habían obtenido la nulidad de la venta ejercitando el retracto foral y pretendían ahora la nulidad de la institución de heredero en la parte que el testador había dispuesto de bienes troncales, entendiendo que tenía este carácter el dinero recibido por la venta.

7. USUFRUCTO VITALICIO TESTAMENTARIO Y ATRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD A FAVOR DE LOS SOBREVIVIENTES AL USUFRUCTUARIO: *La cláusula por la que la testadora dispone de la totalidad de sus bienes en usufructo vitalicio a favor de su marido y de la propiedad a favor de los herederos abintestato de aquélla que vivan al fallecer el usufructuario, implica una institución condicional a la que es plenamente aplicable el artículo 759 del C. c., y conduce a la indeterminación transitoria de los herederos.*

DIFERENCIAS CON LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: *La cláusula discutida no supone la consagración de un usufructo sin nuda propiedad correlativa, pues sin necesidad de encuadrar la voluntad testamentaria, por encima de sus palabras, en el marco de la sustitución fideicomisaria, como propone parte de la doctrina y la S. de 5 de marzo de 1944, lo que hay que hacer es dar paso a una situación de pendencia en cuanto al titular de la nuda propiedad, regulada por los artículos 801 al 804 del C. c.* [S. de 4 de febrero de 1970; ha lugar.]

NOTA: Es interesante observar que el pleito fue iniciado, en vida del marido, por un heredero abintestato de la mujer, pretendiendo la nulidad de la cláusula en cuestión, y al mismo tiempo, que se abriera la sucesión intestada en cuanto a la nuda propiedad de los bienes de la herencia. La demanda prosperó en ambas instancias, con el contrasentido, puesto de relieve por la S. del T. S. al casar la recurrida, de que la sucesión legítima se limitara a la nuda propiedad, sin tener en cuenta que la designación del usufructuario se contenía en la propia cláusula que se anulaba.

Por otra parte, no se recogen con claridad en el original de la sentencia los argumentos de la demanda y de las dos sentencias recurridas en pro de la nulidad de la cláusula. Parece que debieron ser razones dogmáticas sobre la imposibilidad lógica de un usufructo sin nuda propiedad y, quizás, la incertidumbre en la designación de heredero (art. 750 del C. c.). Normalmente en la doctrina no se discute, sino que se da por supuesta la validez de ese

particular desdoblamiento entre usufructo y nuda propiedad, mientras que lo que es objeto de polémica, en base, entre otros de aquellos argumentos, es si la figura de ese "pseudousufructo" envuelve o no técnicamente una sustitución fideicomisaria (establecida en forma directa, pero sucesiva) y, al mismo tiempo, si el derecho de los nudo propietarios debe existir, pese a todo, desde el fallecimiento del testador, con la consiguientes aplicación, si fallecen los nudo propietarios antes que el usufructuario, de lo dispuesto en el artículo 799 del C. c.

8. DEFECTO DEL RECURSO: *La amalgama de preceptos invocados, de contenido diferente y heterogéneo, y la falta de precisión y claridad en que el motivo incurre, así como la omisión del concepto en varias de las infracciones denunciadas y la incorrecta calificación de algunos de tales conceptos, hacen adolecer al motivo de tan graves defectos de formalización que hacen imposible su examen.*

CATALUÑA: PRETERICIÓN E INCAPACIDAD SUCESORIA POR CAUSA DE ADULTERIO: *No puede prosperar el motivo del recurso que denuncia la nulidad del testamento declarada por preterición de una hija legítima, cuando la sentencia recurrida ha fundado la nulidad de la cláusula no sólo en la preterición, sino en la incapacidad sucesoria de los números 2.º y 3.º del artículo 252 de la Compilación, al ser la heredera instituida culpable de trato adulterino con el causante y el sustituto designado, hijo nacido de tal unión.*

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS DEL FALLO: *No existe este supuesto cuando lo que se alega es la improcedencia de ciertas declaraciones de la parte dispositiva de la sentencia y la incompatibilidad de unos determinados fundamentos de ella con otros que sirven de apoyo a ciertas declaraciones del fallo, entremezclándolos, además, con otros preceptos —incluso alguno de orden procedural— que nada tienen que ver con el motivo.* [S. de 18 de marzo de 1970; no ha lugar.]

9. COMPETENCIA: RECLAMACIÓN DE "LITIS EXPENSAS": *Otorgado a la actora el derecho de "litis expensas" en diligencias previas de separación con su marido, la competencia del Juzgado se extiende, con arreglo al artículo 55 de la LEC, a la reclamación de aquéllas como "incidencias" del pleito, aunque por haber terminado las diligencias la reclamación haya seguido los trámites del juicio declarativo.* [S. de 5 de marzo de 1970; no ha lugar.]

III. Colaboración de Juan de Dios DOVAL MATEO.

1. COMPETENCIA: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Para resolver las cuestiones de competencia, la jurisprudencia arbitró lo que se llama el principio de prueba, que consiste en la aportación de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena, la convicción del Juez sobre la existencia de los hechos normalmente constitutivos del derecho que se reclama, induzca a una creencia racional sobre su certeza; la mercancía, cuyo precio se reclama, fue remitida por la actora desde Madrid al domicilio del demandado en Palen-*

cia, a portes pagados por la vendedora, con lo que entrega de la mercancía debe entenderse realizada en el domicilio del referido demandado; por lo tanto, no habiéndose sometido las partes a un determinado Tribunal, ni estando señalado el lugar en que deba cumplirse la obligación reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 LEC será Juez competente el del domicilio del comprador, como en casos análogos ha resuelto esta Sala. [S. de 3 de febrero de 1970.]

2. COMPETENCIA: RECLAMACIÓN DE COSTAS: *La actividad cuya retribución se reclama se desarrolló ante este Tribunal Supremo con motivo del recurso de casación de que traen causa las presentes actuaciones, lo que de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera del artículo 62 LEC, justifica la atribución de la competencia a la jurisdicción de Madrid, que es el lugar de cumplimiento de la obligación.* [S. de 18 de noviembre de 1969.]

La hoy demandada fue recurrente, en un recurso de casación anterior, contra la compañía Espasa Calpe y los hoy demandantes, en el que se dictó sentencia declarando no haber lugar al mismo, con imposición de costas a la parte recurrente. Por la representación de Espasa Calpe se solicitó la correspondiente tasación de las mismas, que se llevó a cabo y se aprobó; denegándose, sin embargo, la práctica de la tasación de costas interesada por la otra parte recurrida, sin perjuicio de reservarla el derecho para reclamar de quien correspondiese; esta parte demandó a la entonces recurrente el pago de las costas a que viene obligada por virtud de condena que le fue impuesta por sentencia firme y ejecutoria del Tribunal Supremo; esta demanda la presenta ante los tribunales de Madrid, a lo que se opone la demandada alegando que la competencia corresponde a los tribunales de Barcelona, lugar de su domicilio.

3. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONTRADICCIÓN CON LO EJECUTORIADO: *El acuerdo de ejecución parcial de la sentencia dictada en favor de la parte recurrida, fue originado por la actuación dolosa de los recurrentes, actuación que de no haberse verificado, habría podido lograr el hoy recurrido la totalidad de la prestación; no se trata de imposibilidad del cumplimiento total de la ejecutoria, basado en el artículo 1.151 C. c., sino de dificultad de cumplimiento; el Tribunal "a quo" se atuvo, en lo sustancial, al fallo dictado, que tuteló la pretensión procesal de la parte recurrida, que acepta recibir la finca reducida en su extensión, conformidad que no sólo no está prohibida legalmente, sino que está reconocida en el artículo 1.471 C. c.*

PUNTOS SUSTANCIALES NO CONTROVERTIDOS EN EL PLEITO: *Lo sustancial y controvertido en el pleito no sólo es lo expresamente mencionado en el fallo de origen, sino, además, todo lo que sea consecuencia natural ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelve.* [S. de 22 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

Los recurrentes vendieron una finca descrita en un documento privado firmado el 26 de agosto de 1959, recibiendo la cantidad de setecientas cin-

cuenta mil pesetas a cuenta del precio alzado de seis millones de pesetas; el comprador canceló, el 21 de enero de 1965 el resto del préstamo hipotecario que gravaba la finca; por el Juzgado de 1.^a instancia se dictó sentencia con fecha de 6 de junio de 1961, condenando a cumplir el contrato de compraventa en los términos en que lo suscribieron el 26 de agosto de 1959, sentencia que fue confirmada en apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, contra la que se interpuso recurso de casación por infracción de ley, que fue resuelto a virtud de la que dictó el Tribunal Supremo declarando no haber lugar al mismo. Tan pronto supieron los vendedores, hoy recurrentes, que había sido desestimado el recurso de casación y que había caducado la anotación preventiva de la demanda que formuló el hoy recurrido, debido a lo cual pudieron obtener certificación registral acreditativa de que la finca estaba libre de cargas, volvieron a vender la mitad indivisa de ella, otorgándose escritura pública el 5 de marzo de 1965, que fue inscrita; más tarde, por el comprador, hoy recurrido, se interesó la ejecución de la sentencia de 6 de junio de 1961, y se dictó Auto por el Juez de 1.^a instancia, acordando la remisión al notario de la documentación para que por el fedatario público se prepare la escritura de compraventa de la mitad indivisa de la finca, inscrita a nombre de los recurrentes, por el precio de 2.431.989,93 pesetas.

NOTA: Cabría pensar en una aplicación analógica de la teoría del cumplimiento de las obligaciones, según la cual: "Las reglas de la identidad, la integridad y la indivisibilidad no tienen un alcance objetivo absoluto, de tal suerte que sólo haya cumplimiento cuando se observen, sino que fundamentalmente se encuentran en función del acreedor, en el sentido de que éste tiene derecho a exigir su observancia, por lo que también puede renunciar a ella". Hernández Gil, *Derecho de Obligaciones*, pág. 334.

4. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: DEFECTO DE FORMA: *El recurso de casación basado en el artículo 1.695 LEC, ofrece características que difieren esencialmente de los supuestos del artículo 1.692 de igual Ley procesal, de lo que se deduce que dicha clase de recurso no puede fundamentarse en las causas enumeradas en el artículo 1.692 de dicho cuerpo legal.* [S. de 14 de marzo de 1970; no ha lugar.]

5. CASACIÓN: FALTA DE PERSONALIDAD EN EL ACTOR: *La Comunidad de Aguas, que interviene como actora, ha sido constituida mediante la oportuna escritura, la cual ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad, y por lo tanto debe reconocerse su personalidad.*

INSUFICIENCIA DEL PODER: *Si bien la subsanación de los defectos del poder del Procurador es factible dentro del pleito, mediante ratificación del mismo por el propio interesado, el documento privado aportado a los autos por la parte actora a fin de subsanar la deficiencia del poder, no ha sido reconocido por la parte hoy recurrente, que desconoce su legalidad, sin que haya sido adverado en el pleito; la ratificación del poder ha de hacerse conforme a lo prevenido en el artículo 1.280 C. c., y por lo tanto subsanarse la ilegalidad del poder mediante el otorgamiento de documento público que dicho precepto*

legal exige, y no mediante documento privado. [S. de 17 de diciembre de 1969; ha lugar.]

La Comunidad de Aguas que interviene como actora, se rige por la Ley de 27 de diciembre de 1956, la cual, en su articulado, dispone: Artículo 1.^º Se reconoce personalidad jurídica a aquéllas agrupaciones de propietarios de aguas privadas que con los nombres de "Heredades", "Heredamientos de Aguas", "Dulas", "Acequias", "Comunidades" u otros semejantes vienen constituidas en el archipiélago canario, así como las que con fines análogos se constituyan allí en lo futuro. Artículo 2.^º Las agrupaciones que desde ahora se constituyan y quieran gozar de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho. Las que ya vinieren establecidas y las que no adopten forma específica de organización se considerarán como asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número segundo, del Código civil. Artículo 4.^º, párrafo segundo. Los estatutos serán ley fundamental de la agrupación y no podrán modificarse sino en Asamblea general y por mayoría cualificada, votando en favor dos terceras partes de las cuotas e intereses agrupados. Según los estatutos de la mencionada Comunidad, al presidente le corresponde, defender a la Comunidad en los litigios que contra ésta pudieran interponerse y otorgar a los fines indicados los necesarios poderes para pleitos; el presidente de la Comunidad otorgó un poder para pleitos, no para defendérse, sino para presentar una demanda; con posterioridad se intentó subsanar este defecto del poder, mediante certificación de acuerdo de la Comunidad, en lugar de otorgar nuevo documento público.

6. RECURSO DE CASACIÓN: POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INADMISIBILIDAD POR FALTA DE DEPÓSITO PREVIO: *Sin el documento que acredite haberse hecho el depósito prevenido en el artículo 1.698, 3.^º, LEC, no se admitirá el escrito en que se interponga recurso de casación por quebrantamiento de forma, al no estar el recurrente mandado defender en concepto de pobre, sean o no conformes las sentencias de primera y segunda instancia, ya que siempre es necesaria la constitución de depósito en esta clase de recursos. [S. de 6 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

7. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de formas esenciales del juicio, no basta indicar el número del artículo 1.693 LEC en que se funde, sino que además precisa citar el precepto procesal vulnerado y determinar clara y concretamente la causa en que consiste la infracción; según el número 6.^º del artículo 1.693 de la Ley Procesal Civil, solamente ha lugar al recurso indicado por incompetencia de jurisdicción cuando el supuesto alegado no se halle comprendido en el número 6.^º del artículo 1.692 LEC. [S. de 6 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

8. RECURSO DE REVISIÓN: PLAZO: *Según reiterada doctrina de esta Sala, el carácter extraordinario y excepcional de este recurso origina una interpretación rigurosa de los motivos consignados en el artículo 1.796 LEC, interpre-*

tación rigurosa y criterio restrictivo, que ha de ser aplicado, también, al elemento temporal, consistente en el plazo de tres meses, contados desde el día en que se descubriese el fraude; el indicio del plazo mencionado, "dies a quo", ha de ser fijado de manera clara e indudable porque el supuesto de indeterminación del extremo mencionado ha de originar, exclusivamente, la inviabilidad del recurso. [S. de 19 de enero de 1970; no ha lugar.]

9. RECURSO DE REVISIÓN: APLICACIÓN RESTRICTIVA: *La indole extraordinaria del recurso de revisión impone una aplicación restrictiva de dicho recurso, cuyo planteamiento ha de ajustarse a la forma prescrita y cuyo fondo sólo ha de prosperar ante la justificación completa de alguno de los supuestos que enumera el artículo 1.796 de la LEC.*

PLURALIDAD DE SENTENCIAS IMPUGNADAS: *La pluralidad de impugnaciones es incompatible con la unidad de sentencia firme a que se refieren los artículos 1.796 y 1.797 de la Ley Procesal, criterio de unidad que recogen las SS. de 30 de octubre de 1967 y 6 de junio de 1968, al decir que la impugnación ha de dirigirse contra la sentencia que en última instancia haya resuelto la cuestión.*

CAUSAS: *La causa primera del artículo 1.796 LEC requiere la presentación de documentos que reúnan las siguientes características: 1.º Que sean decisivos y en contra de la resolución recaída. 2.º Que hubieran sido retenidos, hasta el momento de su recuperación tardía, por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiere dictado; y en el presente caso, ni los recibos, aportados además por fotocopia, son decisivos para la desestimación de un precario, ni esos recibos fueron retenidos por fuerza mayor, ni por obra de la parte contraria; la causa cuarta de dicho artículo, exige una prueba evidente de la concurrencia del cohecho, violencia o fraude, y que dichos actos han de haber actuado en relación al juzgador, no bastando la mera alegación de la parte. [S. de 11 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

El propietario, hoy recurrido, entabló demanda de resolución de contrato de arrendamiento contra la madre del recurrente; se sentenció por el Juzgado Municipal núm. 3 de Madrid el 25 de febrero de 1967, absolviendo a la demandada, sentencia que se confirmó en apelación el 4 de abril del mismo año; al fallecer la demandada, el propietario de la vivienda demandó en autos de desahucio en precario a su hijo, hoy recurrente, siendo dictada sentencia por el Juzgado Municipal núm. 5 de Madrid el 9 de agosto de 1967, declarando haber lugar al desahucio, y confirmada en apelación por el Juzgado de Primera Instancia en fecha de 21 de octubre de 1967, el recurrente formuló recurso ante la Audiencia, y la Sala confirmó, haciéndola firme, la sentencia del Juzgado por Auto de 30 de mayo de 1968; el desahuciado interpone recurso de Revisión contra todas las sentencias citadas.

IV. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO.

1. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: INTERPRETACIÓN: *Aunque las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a cabo una sentencia firme deben ajustarse a las declaraciones que ésta contenga, esto no excluye la facultad de los tribunales para que, si hallan oscuridad o deficiencias de expresión en el fallo, puedan interpretarlas valiéndose de las consideraciones que les sirven de base y fundamento jurídico.*

RESTITUCIÓN DE FRUTOS POR CAUSA DE NULIDAD DEL CONTRATO: *El artículo 1.303 hace mención solamente de la restitución genérica de frutos y deja la especificación de su alcance a los textos que regulan, según los casos, dicha restitución en atención a la buena o mala fe que haya presidido la posesión del contratante restituyente.*

PRESUNCIÓN DE BUENA FE: *La declaración de nulidad de los contratos no llevan consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra, sino que es preciso prueba especial para destruir la presunción establecida por la ley, que supone la existencia de buena fe aun en los contratos cuya nulidad haya sido declarada. [S. de 10 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

2. OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE AGUA COMO ACCESORIA DE VENTA DE FINCA: *El recurrente antes de la constitución de la Asociación de Regantes, se coobligó con el causante de la actora a facilitarle agua del pozo que estaba construyendo para regar el número de hanegadas de tierra que el mismo le vendió, y como después constituyó la Asociación con los otros regantes señalando una participación o acción por cada hanegada de tierra que cada uno tuviera y reservándose el cincuenta por ciento de ellas, es evidente que el derecho que había adquirido el actor equivalía a tantas participaciones, de las que se reservó el recurrente, como hanegadas de tierra le pertenecían. [S. de 7 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

Se trata, al parecer, de un negocio jurídico típico de la región valenciana. El comprador de varias hanegadas de tierra para dedicarlas a la plantación de naranjos adquiere simultáneamente el derecho a suministrarse del agua de un pozo del vendedor. En el presente caso, las perspectivas de extraer agua al tiempo de la venta de las parcelas parece que eran escasas, y sólo posteriormente surgió un manantial importante; entonces, el vendedor y obligado al suministro de agua pretende que no tiene ninguna obligación de dar agua y constituye por su parte una Asociación de Regantes en la que no entra el comprador, quien acciona para exigir el cumplimiento del contrato. La obligación de suministro de agua es una obligación accesoria de la venta de parcelas y tiene los caracteres de compraventa de cosa futura, habiendo previsto el contrato lo que había de hacerse si el caudal alumbrado fuera insuficiente. Era una verdadera obligación contractual y no mero acto de benevolencia o de buena voluntad de parte del vendedor.

3. CULPA EXTRACONTRACTUAL: IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA: *Es posible la impugnación de la calificación de la conducta del agente hecha por el Tribunal "a quo", pero no por la vía de error de derecho, sino al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 L. E. C.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es causa de inadmisión la cita conjunta e indiscriminada de error de hecho y de derecho, mezclando además las alegaciones de los documentos y los razonamientos jurídicos en defensa de la pretendida infracción del artículo 1.218 C. c. [S. de 14 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

Es lástima que una inadecuada formulación del recurso haya impedido a la Sala 1.^a pronunciarse sobre unos hechos discrepantemente valorados por los Tribunales que anteriormente conocieron de ellos. Se trataba de la muerte en accidente de circulación ocurrida por una colisión entre dos camiones en carretera general, de los cuales, al parecer, el conducido por el demandado había invadido la izquierda a la salida de una curva. El sumario fue sobreseído por el Juzgado de Instrucción, pero la Audiencia ordenó su reapertura condenando como falta el hecho. Recurrida en casación la sentencia de la Audiencia, se estimó el recurso absolviéndose al demandado. En la vía civil hubo sentencia condenatoria en primera instancia y absolutoria en apelación.

4. CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR EL HECHO DE UN PEÓN A SU SERVICIO: *El contratista de un edificio responde de las lesiones causadas por un peón bajo su dependencia laboral que arrojó una paletada de cal y cemento al suelo, cayendo sobre una menor que transitaba debajo de la obra, produciéndola la pérdida de la visión en un ojo y lesiones en el otro. [S. de 29 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

5. CULPA EXTRACONTRACTUAL: *El dueño de una finca rústica, propietario de la barca de cable en la que tres obreros a su servicio se trasladaban para trabajar en aquélla, es responsable de los daños y perjuicios que se derivan de haber zozobrado dicha barca como consecuencia de la rotura de un cable defectuosamente instalado, pereciendo ahogados sus ocupantes.*

FUERZA MAYOR: *No puede ser tenida en cuenta la supuesta fuerza mayor consistente en que se duplicó el aforo del río Esla de un día para otro, ya que se invoca el error de derecho y según la jurisprudencia éste sólo se comete cuando se infringe un precepto valorativo de prueba, debiendo citarse de modo concreto y singular la norma valorativa infringida. [S. de 5 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

El supuesto de hecho era interesante, pues se acompañó a los autos una certificación de la Confederación Hidrográfica del Duero acreditativa de haberse duplicado el caudal del río Esla de un día para otro, lo cual constituye un evento natural de posible influencia en la producción del daño. Sin embargo, no hay datos que permitan determinar con claridad si tal hecho fue causa única, concomitante o indiferente en la rotura del cable fijo sobre el que se deslizaba la barca, habiéndose probado, por otra parte, que la instalación era defectuosa.

6. CULPA EXTRACONTRACTUAL: LÍMITE MÁXIMO DE INDEMNIZACIÓN EN EL SEGURO OBLIGATORIO: DAÑO EFECTIVO: *El límite máximo de indemnización señalado por el D. de 6 de mayo de 1965 rige sólo para el asegurador en el seguro obligatorio, sin que pueda aplicarse a las relaciones entre la víctima y el causante del daño cuando se demuestra el daño efectivo originado por la muerte de aquélla.* [S. de 18 de febrero de 1970; ha lugar.]

Doctrina clara que, sin embargo, no fue tenida en cuenta por la sentencia de la Audiencia, la cual fijó en 200.000 pesetas la indemnización que debía abonarse a la viuda, teniendo en cuenta el grado de desamparo en que ésta quedaba. El T. S. restablece la debida interpretación de la Ley del Automóvil y eleva a 300.000 la indemnización.

V. Colaboración de José PERE RALUY.

1. INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación de los contratos es función privativa de los organismos jurisdiccionales de instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: INFRACTIÓN DE LEY: NORMAS DE DERECHO NO PRIVADO: *Los Decretos sobre régimen bancario que se citan como infringidos no son normas idóneas para basar en los mismos el recurso de injusticia notoria que requiere al efecto normas del ordenamiento jurídico privado.* [S. de 24 de febrero de 1970; no ha lugar.]

2. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: *La función interpretativa de los negocios jurídicos está atribuida privativamente al Tribunal de Instancia y ha de ser respetada en el recurso, mientras resulte lógica, racional y no desorbitada.* [S. de 16 de marzo de 1970; no ha lugar.]

3. INTERPRETACIÓN: INJUSTICIA NOTORIA: EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE TRASPASO: CAUCE DEL RECURSO: *No se trata de una cuestión de interpretación contractual, sino más bien de un problema de hecho, si la sentencia recurrida afirma de manera terminante que no se probó la cesión o traspaso alegado, declaración que sólo podría haberse desvirtuado por el cauce del número 4 del artículo 136 LAU.* [S. de 19 de febrero de 1970; no ha lugar.]

4. DIVISIÓN DE COMUNIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Si bien es cierto que al ser la división de la cosa común un acto de disposición que se asemeja a la venta o la permuta, no puede ser pedido por el usufructuario, sino sólo por los conduceños, entendiendo por tales las personas investidas de la facultad de disponer de parte ideales, también lo es que si un hijo, nudo propietario de la mitad ideal de la cosa común, autorizó a su padre —usufructuario de dicha mitad ideal— para que pudiera ejercitarse la acción de división de la comunidad, ya se entienda tal autorización como un mandato, una presunción de consentimiento o una cesión de la acción a efectos procesales, es evidente*

que el referido padre estaba originariamente legitimado para ejercitar tal acción, legitimación que tiene en la actualidad su hija, la que, por fallecimiento del padre, ha visto consolidada en la misma el pleno dominio de la mitad ideal. [S. de 9 de febrero de 1970; no ha lugar.]

Nota: Se trata de una sentencia en proceso iniciado en proceso de revisión de renta fijada —por Junta de estimación—, en el que reconvencionalmente se planteó una división de comunidad. La sentencia de casación sólo contiene doctrina respecto al tema reconvencional.

5. ARRIENDO DE INDUSTRIA: *Si lo arrendado no fue simplemente un local, sino una unidad patrimonial con vida propia, en pleno funcionamiento, y susceptible de ser explotado inmediatamente, como ya lo era con anterioridad, el arriendo es de industria.* [S. de 20 de marzo de 1970; no ha lugar.]

6. LAU: CLASES DE ARRENDAMIENTOS: *La LAU en sus diversas ediciones ha reiterado que los arrendamientos que regula son de dos clases: viviendas, cuyo concepto no define, pero que, como su nombre indica, son los edificios donde la vida familiar se desarrolla, y locales de negocio, definidos en la propia Ley; es decir, que la LAU se atiene al destino primordial y por esto no cambia la naturaleza del contrato por concurrir, con el destino principal, el otro término de la clasificación, con carácter secundario; pero con ello no se agotan los supuestos posibles de destino, pues además del arrendamiento puro de vivienda, del puro de local de negocio y del arrendamiento mixto de uno y otro que sigue el régimen atribuido al destino primordial, hay un cuarto supuesto en que se da una actividad profesional estricta, como ocurre con las clínicas de médicos generales o de las distintas especialidades, entre ellas la odontológica, los estudios de abogados, arquitectos, etc., arriendos que la jurisprudencia, unánime y reiterada, no ha considerado como industria o comercio porque, ciertamente, en estos casos no hay un fenómeno mercantil de producción, consumo o cambio, nota característica de la industria o comercio; pero cuando a aquella actividad estrictamente profesional se superpone otra que desborda su ámbito, que puede ser desarrollada por industriales o artífices sin necesidad de título facultativo, ha de considerarse como local de negocio, tal como se ha considerado por la jurisprudencia para las farmacias —SS. de 25 mayo 1956, 18 diciembre 1952, 24 enero 1958 y 25 marzo 1964, entre otras— por el hecho de vender productos farmacéuticos no elaborados en la propia farmacia, debiendo aplicarse el mismo criterio al caso en que el arrendatario, además de su clínica odontológica, tiene en el inmueble arrendado un taller de prótesis dental, donde ejerce la industria de reparación y conservación de dentaduras con establecimiento abierto.*

TRASPASO Y CESIÓN: *La autorización para traspasar es privativa del arrendamiento de local de negocio, y expresamente prohibida por la LAU para las viviendas.* [S. de 13 de marzo de 1970; no ha lugar.]

Nota: No es cierto lo que se afirma en el último de los párrafos transcritos; no hay en la LAU ninguna prohibición de autorización, por el arren-

dador, de cesiones de vivienda; antes al contrario, el artículo 23 LAU, aunque prohíbe el contrato de cesión de vivienda a título oneroso, reconoce la plena efectividad, para el arrendador, de la cesión gratuita autorizada por el mismo, y del juego de los restantes artículos del capítulo IV, singularmente del artículo 26, se deduce que al arrendador que autorice una cesión de vivienda onerosa no podrá ejercitarse la acción resolutoria con base en la cesión y aún quedará obligado, conjuntamente con el cedente, al reembolso, al cessionario, de lo que abonó por la cesión.

7. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO DE ARRIENDO: PACTOS SOBRE DESTINO: *Si en el contrato se pactó que el arrendatario podría destinar el local, lo mismo a escritorio y almacén de frutas, que a lo que tuviera por conveniente, hay que entender que ello suponia la facultad del arrendatario de instalar también la propia vivienda en el local.* [S. de 7 de marzo de 1970; no ha lugar.]

8. ASOCIACIÓN DE LOS HIJOS DEL ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIO NO CONSTITUTIVA DE TRASPASO: *Es reiterada la doctrina de la Sala I de que el privilegio establecido en el artículo 31 LAU tiene un carácter exclusivamente personal y que dada la concepción genérica que del término asociación tiene, hay que entender comprendido en él no sólo a las sociedades de hecho o simples comunidades, carentes de personalidad jurídica, sino a los que la tiene distinta de la de sus asociados siempre y cuando conserven la nota personal, cual acontece con las sociedades colectivas constituidas —como la de autos— por los propios hijos del fallecido, sin intromisión alguna de persona ajena.* [S. de 19 de febrero de 1970; no ha lugar. De la misma se deduce, al menos implícitamente, que la norma del artículo 31 LAU es aplicable tanto al arriendo de local de negocio típico como a los locales arrendados para almacén, equiparados a los locales de negocio.]

9. ACCIÓN IMPUGNATORIA DE TRANSMISIÓN DE VIVIENDAS POR NO RESPETAR EL ORDEN LEGALMENTE ESTABLECIDO: *A la acción impugnatoria no se le puede dar un ámbito excesivo y no es propio del juicio en que ejercita medir o limitar las necesidades de ocupación que tenga el donatario de la vivienda transmitida.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *El documento que el Tribunal "a quo" tuvo en cuenta para resolver la cuestión de fondo suscitada en el litigio no puede servir de base para justificar, por sí mismo, el supuesto error de hecho, por el cauce de la causa 4.^a.* [S. de 9 de marzo de 1970; no ha lugar.]

10. ACCIONES SOBRE DERECHO A PRÓRROGA FORZOSA Y NULIDAD DE PACTOS SOBRE RENTA OPUESTOS A LA MISMA: CAUCE PROCESAL: *El beneficio de prórroga forzosa es un derecho reconocido al inquilino o arrendatario por la LAU, irrenunciable conforme al artículo 6 de la misma; y la acción ejercitada por el demandante sobre nulidad —por oposición a dicha prórroga— de un pacto de elevación progresiva de la renta en la cantidad de cien mil pesetas cada año, se funda en derechos reconocidos en la LAU y el litigio ha de sustanciarse según los trámites procesales de dicha ley.*

INJUSTICIA NOTORIA: PROCEDIMIENTO INADECUADO: *El tema del procedimiento inadecuado se ha de suscitar por el cauce de la causa 2.^a de injusticia notoria, pero el tema, por ser de orden público, puede ser examinado incluso de oficio.*

INJUSTICIA NOTORIA: *La Sala I tiene declarado, hasta la saciedad, que los requisitos rigurosamente exigidos por el último párrafo del artículo 136 de la LAU han de cumplirse estrictamente en el recurso de injusticia notoria; si son dos o más los motivos del recurso se formularán en párrafo separados y numerados, hay que expresar el concepto de la infracción y excluir toda conjunción de conceptos en un mismo motivo. [S. de 7 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

11. DENEGACIÓN DE PRORROGA DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO POR CAUSA DE NECESIDAD: FIJACIÓN PREVIA DE INDEMNIZACIÓN: *No procede estimar la demanda de denegación de prórroga por necesidad si no se acredita que, previamente al ejercicio de la acción, se hubiera fijado, por acuerdo de las partes o decisión de la Junta de estimación, la cuantía de la indemnización a recibir por el arrendatario.*

CARGA DE LA PRUEBA: DEFENSAS O EXCEPCIONES: *Conforme a constante jurisprudencia, corresponde al actor, en forma exclusiva, acreditar que en su petición concurren todos los presupuestos para el éxito de la acción ejercitada, sin que, por el contrario, el demandado venga obligado a invocar excepciones nominales o específicas, bastándole alegar motivo de oposición utilizando cualquier medio de defensa, de suerte que, sin alterar los términos del debate, permitan el examen de aquéllos a fin de determinar si se dan o no los supuestos fácticos y jurídicos precisos para la viabilidad de la acción. [S. de 4 de marzo de 1970; ha lugar.]*

12. DERECHO DE RETORNO: CLÁUSULA PENAL: PROCEDIMIENTO ADECUADO: *Pactada en el compromiso de retorno una cláusula penal por razón de demora en la entrega de local en el inmueble reconstruido, es idóneo el procedimiento arrendatario de la LAU en que se debate la cuestión del retorno para la decisión sobre la cláusula penal, ya que ésta tiene carácter accesorio respecto a las normas fundamentales que dan virtualidad al derecho de retorno. [S. de 20 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

13. NATURALEZA DE LA LAU: *"La Ordenanza locativa urbana" es una ley de "emergencia" comprensiva de una serie de prohibiciones y limitaciones de las facultades dominicales del propietario, impuestas con la alta finalidad social de impedir que, por el libre juego del pacto "sunt servanda" y por la escasez de edificaciones habitables, quede sin hogar una familia o sin local una empresa, y no pueda encontrar de momento, cobijo aquella y alojamiento ésta; pero precisamente por ser ésta su finalidad, lo mismo las prohibiciones que las limitaciones, pierden su razón de ser cuando dejan de llenar la necesidad por la cual fueron creadas.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: ACTIVIDAD REDUCIDA: *Es causa de resolución, por denegación de prórroga, el cierre del local de negocio durante cuatro años anteriores a la demanda, utilizándose únicamente como almacén, para guardar coches de la familia y algunos útiles y enseres relacionados con su negocio de reparación de vehículos de motor, que había trasladado a otro local.* [S. de 30 de enero de 1970; no ha lugar.]

14. RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: CIERRE "TÉCNICO": *Si todas las relaciones de la empresa arrendataria con la clientela se realizan en local distinto del objeto del arriendo ello constituye un cierre "técnico", ya que el local de negocio se caracteriza por ser la sede de las actividades industriales o mercantiles, abierto al público como exige el artículo 1 de la LAU, mientras que las operaciones de almacenamiento meramente auxiliares de la principal no pueden estar comprendidas en tal concepto, y la jurisprudencia de esta Sala considera que el estado de cierre no se desvirtúa por el hecho de que se realicen actividades esporádicas de relación con el público, siempre que el acceso de éste no constituya la base de la actividad normal.* [S. de 3 de marzo de 1970; no ha lugar.]

15. RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA: RECIBOS TELEFÓNICOS: *No cabe oponer a la declaración afirmativa del cierre, realizada por el órgano "a quo", determinados recibos telefónicos, si aparte de que no consta que correspondan al teléfono instalado en el local, los mismos, en cuanto al periodo del cierre, no contienen partida alguna por concepto de llamadas medidas por contador, en contraste con lo que ocurría en años precedentes.* [S. de 10 de marzo de 1970; no ha lugar.]

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: INACTIVIDAD DE LOS HEREDEROS DEL ARRENDATARIO: JUSTA CAUSA: *La justa causa del cierre ha de ser ajena a la voluntad de los obligados a mantener abierto el local; las dificultades surgidas a la muerte del arrendatario debieron vencerse con los medios que la ley concede a los herederos para manifestar su deseo de continuar el negocio, medios que aunque hubieran requerido un largo plazo para conseguir la apertura, puestos en actividad, habrían servido, desde su inicio, de soporte a la justa causa, pero la falta de actividad legal encaminada a conseguir la apertura durante diez meses no puede por menos de atribuirse a carencia de voluntad de seguir el negocio, pues el requerimiento a la persona que tenía la llave del local, en cuanto fue desestimado, debió de terminar la iniciación de alguna actuación legal para conseguirla, y al no haberse seguido tal camino hay que entender que existió abandono imputable a los sucesores del difunto y que el cierre fue injustificado.* [S. de 28 de enero de 1970; no ha lugar.]

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: JUSTA CAUSAS INCERTIDUMBRE SOBRE EL LOCAL ADJUDICABLE: *El hecho de que el arrendatario, a quien por virtud del derecho de retorno se le adjudicó una local, mantuviera cerrado el mismo durante el periodo que duró el litigio entablado sobre cuál había de ser*

en definitiva el local legalmente correspondiente al mismo en virtud del derecho de retorno, constituye justa causa del cierre; el plazo de seis meses sólo puede contarse a partir del momento en que terminó el litigio de referencia, ya que no sería lógico obligar al arrendatario, que no sabe, en definitiva, cual ha de ser el local que se le ha de asignar, a que comience las obras de adaptación mientras el litigio no se resuelva. [S. de 18 de febrero de 1970; ha lugar.]

18. CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: JUSTA CAUSA: ENFERMEDAD: *Para que la causa alegada justifique el cierre es necesario que repercuta o influya en la capacidad del arrendatario para ejercer, en el local, la actividad negocial que hasta entonces había venido desarrollando, de tal modo que le impida transitoriamente el desenvolvimiento de las actividades necesarias para que el negocio instalado pueda continuar desarrollándose normalmente, pues si tal impedimento es permanente no constituye justa causa del cierre, ya que de no entenderse así se haría definitivamente una situación contraria a la propia naturaleza del contrato de arrendamiento.* [S. de 6 de marzo de 1970; ha lugar.]

NOTA: La Sentencia del T. S.—contra el criterio de la Audiencia y de acuerdo con el del Juzgado de Primera Instancia—estima que no es justa causa del cierre el estado de viudez de la arrendataria que se produjo años antes del cierre, su penuria económica y una afección pulmonar padecida por la misma, cuyo alcance no se precisa, señalando el T. S. que el término vago e impreciso de “afección pulmonar” puede comprender desde las leves y pasajeras, que no impiden o impiden sólo transitoriamente el desarrollo de actividades por quien las padece, hasta las más graves e incurables, que producen incapacidad permanente.

19. EDIFICACIONES PROVISIONALES: CONCEPTO: “NUMERUS APERTUS”: *La enumeración de edificaciones provisionales que contiene el artículo 91 LAU no constituye un “numerus clausus” ni elimina la posibilidad de incluir en el otras semejantes, atemperándose a las circunstancias de cada caso concreto, según se desprende del citado artículo y de la doctrina jurisprudencial que incluye en tal concepto a las edificaciones desproporcionadas en su altura con otras edificaciones vecinas, a las que no estén en consonancia con las Ordenanzas Municipales o con aquellas otras en que el valor en venta del solar sea superior a lo construido, cualquiera que sea la calidad y consistencia de los materiales empleados.* [S. de 19 de enero de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Es indudable que el artículo 91 LAU no consagra un “numerus clausus”, pero no lo es menos que es inaceptable la extensión que ha dado al precepto una reiterada doctrina jurisprudencial; ni la letra ni el espíritu del artículo 91 LAU justifican semejante extensión de un precepto que queda totalmente desnaturalizado y desorbitado por semejante doctrina, con grave riesgo de los ocupantes de locales “permanentes”, pero de condición más modesta que los circundantes, que quedan totalmente expuestos al desenfreno de la especulación “urbanística”.

20. OBLIGACIÓN DEL ARRENDADOR DE RESARCIR EL IMPORTE DE LAS OBRAS DE REPARACIÓN URGENTE REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO COMO CONSECUENCIA DE UN

INCENDIO: Si no se impugna con éxito la afirmación del órgano "a quo" de que el incendio se produjo de manera casual y fortuita en contra de la presunción establecida en el artículo 1.563 C. c., excluyendo dicho órgano toda culpa del arrendatario, incluso la "in vigilando", es indudable el derecho del arrendatario a ser resarcido del importe de las obras.

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: Es extemporáneo el planteamiento de una cuestión nueva no alegada oportunamente en la instancia. [S. de 22 de enero de 1970; no ha lugar.]

21. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO: YERNO QUE TIENE UNA GESTORÍA ADMINISTRATIVA EN EL PISO DEL QUE ES ARRENDATARIO EL SUEGRO: Procede la resolución si en el piso arrendado a una persona se introduce el yerno de ésta, que tiene a su cargo, en la misma, una gestoría administrativa, sin que se haya acreditado que el segundo esté en relación de subordinación con el primero, presumiéndose, por el contrario, por la índole diversa de las actividades profesionales de uno y otro, que el yerno ejerce por sí una profesión a la que es ajena el arrendatario.

INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE DECLARACIONES DE HECHO: La apreciación de la prueba ha de referirse generalmente al conjunto de la misma, sin que la sumisión, a lo que un determinado documento expresa, sea obligada, sino cuando tal documento constituya el específico medio legal para acreditar tal hecho. [S. de 26 de febrero de 1970; no ha lugar.]

22. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO, CESIÓN O SUBARRIENDO: PRESUNCIÓNES: Declarado probado que el demandado arrendatario se trasladó en unión de su esposa a población distinta, donde estuvo empleado por cuenta ajena y fijó su residencia desde 1964 a 1966, y que el padre del mismo permaneció al frente del negocio instalado en el local "sin que su presencia lo fuera en calidad de encargado", no puede estimarse el recurso entablado contra la sentencia que declaró la resolución, sin que el hecho de que durante el tiempo señalado los recibos de alquileres y contribuciones y la totalidad del tráfico mercantil figuraran a nombre del primitivo arrendatario, se opongan a la presunción deducida por la sentencia resolutoria. El subarriendo, la cesión y el traspaso, por la forma clandestina con que normalmente se celebran, son susceptibles de demostración mediante presunciones. [S. de 6 de marzo de 1970; no ha lugar.]

23. RESOLUCIÓN POR TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CESIÓN DE SOCIEDAD DE SEGUROS AL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: Arrendado un local de negocio a una compañía de seguros, si con posterioridad, como consecuencia de un Decreto del Ministerio de Trabajo, se hizo cargo de los servicios que prestaba en el local la compañía citada, el Instituto Nacional de Previsión, entidad que, pese a ser un tercero respecto al contrato de arriendo de puro Derecho privado, se instaló en el local de referencia introduciendo en el mismo su propio personal técnico y administrativo, procediendo a su uso y disfrute sin autorización de los arrendadores, ello es causa de resolución.

INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIÓN DE LEY: DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: *Las disposiciones administrativas no son susceptibles de ser invocadas ni en casación ni en injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Es inadmisible el planteamiento en casación y en injusticia notoria de cuestiones nuevas.* [S. de 30 de marzo de 1970; no ha lugar]

24. TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO REALIZADO SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL ARRENDADOR, PRECEPTIVA SEGÚN EL CONTRATO: *No infringe, por aplicación indebida, la causa 5.^a del artículo 114 LAU, la sentencia que resuelve un contrato de arriendo por haberse realizado un traspaso sin la autorización escrita del arrendador, que era preceptiva para el traspaso a tenor de una cláusula contractual, ya que se trata de un traspaso realizado "de modo distinto del autorizado legalmente".*

INJUSTICIA NOTORIA: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: RESOLUCIÓN POR TRASPASO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR, EXIGIDA CONTRACTUALMENTE: *Es adecuado el proceso arrendaticio de trámite incidental señalado por la LAU para la resolución del arriendo por traspaso realizado por el arrendatario vulnerando el pacto contractual que exigía para el traspaso el consentimiento del arrendador.* [S. de 27 de febrero de 1970; no ha lugar.]

NOTA: De acuerdo con lo que implícitamente se deduce de esta sentencia, el pacto por el que se condiciona la facultad de traspasar del arrendatario al consentimiento expreso del arrendador, viene a entrañar una renuncia al ejercicio del derecho de traspaso según las normas de la LAU; esta doctrina hace aconsejable que al concertar el arriendo los arrendatarios examinen con especial cuidado "la letra pequeña" del condicionado del contrato, en los que suele contenerse pactos como el que fue el nudo del caso resuelto en la sentencia, aceptados muchas veces sin clara comprensión de su alcance.

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE ASEO: REFORMA DE COCINA: *Es causa de resolución la construcción de un cuarto de aseo con ducha, lavabo y water y la reforma del soporte de un hornillo, haciéndolo nuevo, así como un fregadero; no es dable al arrendatario deshacer y reconstruir lo que antes existía, porque al desaparecer elementos que determinaban la fisonomía peculiar del inmueble quedaba afectada la configuración, y al deshacer una construcción, aunque sea para reemplazarla, se atenta a la resistencia de los materiales.*

RELAMACIÓN PREVIA EN VÍA GUBERNATIVA A LA ADMINISTRACIÓN: *Como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia en SS. de 9 enero 1962, 22 marzo 1963 y 15 marzo 1965, los preceptos sobre la excepción dilatoria de falta de reclamación previa en la vía gubernativa con respecto al Estado y Ayuntamientos, rigen una excepción que no tiene cauce para la casación, y aun de tenerla habrían de alegarse en la vía de la causa 2.^a y no de la tercera de injusticia notoria.*

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN PROCESOS SOBRE ARRIENDOS DE INMUEBLES DESTINADOS A ESCUELAS O VIVIENDAS PARA MAESTROS O DIRECTORES ESCOLARES: *Con arreglo a los artículos 51 de la Ley de 21 diciembre 1951 y Ley de 21. diciembre 1965, cuando se suscite o demande la extinción del arriendo de inmuebles destinados a escuelas o viviendas para maestros o directores escolares, gozará el municipio de los beneficios del Estado, el cual, en todo caso, tendrá que intervenir en el supuesto de extinción, lo que supone que se trata de una mera intervención procesal de un tercero interesado, a los solos efectos de vigilancia y tutela, ejerciendo la alta inspección que le corresponda, pero sin que pueda ser demandado ni condenado por no ser titular de los derechos discutidos.* [S. de 22 de enero de 1970; no ha lugar.]

26. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACION: TABIQUES DE MADERA: *Son obras que cambian la configuración las llevadas a cabo por el arrendatario que ha consumado la separación de uno de los departamentos o locales integrantes del objeto arrendado, dividiéndolo en dos totalmente independientes y con puertas de acceso distintas —existentes éstas con anterioridad—, aislamiento y separación total, que ha conseguido en un tramo elevando hasta el techo el tabique de madera o mampara primitivamente existente, anclando el tablex de recrecimiento en el forjado del techo y en el tramo restante, haciendo desaparecer una puerta corredera por la que, hasta entonces, era posible la comunicación entre los dos locales o departamentos, y cerrando el hueco con material fijo. No puede oponerse a la aplicación de la causa resolutoria 7.^a el que las obras no sean de las llamadas de fábrica, ya que la ley entiende el resultado producido en la configuración del local sin especificar la naturaleza física de los materiales utilizados, ni el hecho de que sea desmontable fácilmente la obra, ya que la calificación de las obras ha de referirse precisamente al tiempo en que las mismas perduran o subsisten sin hacerla depender de la posibilidad de reponer la cosa a su primigenio estado ni de la poca o mucha dificultad que entrañe la reposición.* [S. de 18 de noviembre de 1969; ha lugar.]

NOTA: Una vez más, contra el criterio del órgano "a quo", se evidencia el rigor del T. S. en la sanción de los cambios de configuración.

27. RESOLUCIÓN POR RUINA: DECLARACIÓN INEFICAZ AL EFECTO DE LA AUTORIDAD MUNICIPAL: *El efecto resolutorio del contrato con base en ruina no lo puede producir una declaración de ruina acordada por la Autoridad Municipal en funciones de Policía de Seguridad para las personas y cosas ante la inminencia del peligro.* [S. de 16 de febrero de 1970; no ha lugar.]

28. LOCAL CUYO ARRENDATARIO ERA EL AYUNTAMIENTO Y QUE OCUPABA UNA DEPENDENCIA DEL ESTADO: EFECTO DE LA RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO A SOLICITUD DEL AYUNTAMIENTO: *Si el Ayuntamiento de una localidad, arrendatario del local destinado a los servicios de telégrafos de la Dirección General correspondiente, al publicarse la Ley de 23 julio 1966, que prohibió a los Municipios conceder subvenciones para gastos de naturaleza estatal, dio por resuelto el contrato de arrendamiento, comunicándoselo al propietario, la Dirección*

General de Correos y Telecomunicaciones quedó sin título para seguir ocupando el local, y procediendo al desalojo del mismo. [S. de 7 de marzo de 1970; no ha lugar.]

29. RESOLUCIÓN POR SINIESTRO DEL EDIFICIO: *Aunque el juzgador de instancia quizá influido por el transcurso de los cuatro años que mediaron desde que se puso fin a las obras de reconstrucción hasta que el procedimiento resolutorio se inició, ponga en duda el posible ejercicio, "a posteriori" de la realización de las obras, de la resolución del contrato, releva el entrar en la cuestión el hecho de que las obras derivadas del siniestro no fueron sino obras de consolidación, por no sobrepasar el importe de su realización, al tiempo que fueron ordenadas, el cincuenta por ciento del valor del edificio, sin tener en cuenta el del suelo, por lo que no procede la resolución basada en el artículo 118 LAU. [S. de 24 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

30. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DEL LOCAL: ABUSO DE DERECHO: *Desaparecido el local de negocio por demolición de la edificación, y sin perjuicio de lo que pueda actuarse en otra clase de procedimientos, no puede decirse que constituya abuso de derecho la petición de resolución del contrato al amparo del artículo 118 LAU. [S. de 18 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

31. IMPUGNACIÓN EN JUICIO DECLARATIVO DE LAUDOS DE JUNTA DE ESTIMACIÓN POR MOTIVOS PROCESALES Y DE FONDO: *La LAU reserva para el juicio declarativo la revisión de la resolución de la Junta, en los casos en que la misma se haya constituido de forma irregular o la valoración haya sido manifestamente improcedente. No obstante la parquedad de la Ley, por aplicación de la doctrina sobre actos propios, es preciso para que una parte pueda promover la nulidad por irregularidad en la constitución de la Junta, que de alguna manera la misma haya hecho constar su protesta ante la propia Junta con reserva de reproducirla en el juicio declarativo. No supone la nulidad del acuerdo el que el mismo se dicte fuera del plazo señalado en la Ley y más cuando el incumplimiento del plazo tuvo justificación. No es causa de nulidad el que se oficiara a la Cámara de Comercio para obtener la relación de los comerciantes clasificados en la misma tarifa, si los vocales fueron aceptados sin protesta por el hoy recurrente y éste no ha demostrado que no pertenecieran a su gremio. Cuando se combate el contenido del acuerdo hay que aportar datos positivos que ilustren al Juzgador, tanto de su improcedencia como sobre las razones que hayan podido influir en el apartamiento de la valoración real, siendo inoperante al efecto el que el impugnante se limite a hacer una crítica meramente negativa de la falta de asesoramiento con que, según él, procedió la Junta, pero sin aportar pruebas y argumentos positivos que ilustren al Juzgador sobre la verdadera valoración y sobre las causas que en su caso hicieron inválida la resolución. [S. de 24 de enero de 1970; no ha lugar.]*

32. ACCIONES NO BASADAS EN DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LAU: SIMULACIÓN; FRAUDE DE LEY: *La acción basada en la supuesta simulación del contrato de*

arriendo y en la existencia de un verdadero contrato subyacente de locación entre otras partes, que se basa en los artículos 1.261 y 1.543 del C. c., no se funda en derechos reconocidos en la LAU y no puede ser confundida con la de fraude de ley.

INJUSTICIA NOTORIA: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: CAUCE FORMAL: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO: *La inadecuación de procedimiento no puede ser planteada ni resuelta en el recurso de injusticia notoria por la causa 3.^a —infracción de precepto legal—, sino por la 2.^a —quebrantamiento de formalidades—, y para su adecuado planteamiento hay que invocar como infringidas las normas del artículo 151 LAU y las reguladoras del procedimiento.* [S. de 10 de abril de 1970; no ha lugar.]

33. ACUMULACIÓN INDEBIDA DE ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS A ACCIÓN DE RESOLUCIÓN ARREDATICIA: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: *La acción de reclamación del abono indemnizatorio de perjuicios, equivalentes al importe de las rentas vencidas e impagadas, no puede ser acumulada a la de resolución contractual con base en una de las causas de la LAU, ya que son distintos los procedimientos para enjuiciar una y otra; sin perjuicio de las actitudes que las partes hayan podido adoptar en el proceso sobre tal punto los Tribunales, de oficio, pueden apreciar la inadecuación del procedimiento seguido para la acción de resarcimiento y desestimar ésta.*

INJUSTICIA NOTORIA: *El planteamiento de la inadecuación de procedimiento debe realizarse por la vía de la causa 2.^a —quebrantamiento de formalidades— y no por la 3.^a —infracción de ley—.* [S. de 22 de enero de 1970; ha lugar en parte.]

34. LEGITIMACIÓN: ACTOS PROPIOS: *Quien en juicio y fuera de él tenía reconocida la legitimación de la parte adversa —incluso en procesos seguidos entre las mismas partes y con la misma finalidad que el presente—, no puede adoptar, en el nuevo juicio, una posición contraria.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: FACULTAD DE LIBRE TRASPASO: *La cláusula por la que el arrendador faculta al arrendatario para desenvolver libremente su industria en el local, no supone una autorización para traspasar sin sujeción a los requisitos legales.*

LEGITIMACIÓN PASIVA DEL ARRENDATARIO —CEDENTE—: *El único elemento subjetivo que responde ante el arrendador es el que figura como arrendatario en el contrato, por lo que no cabe desconocer la legitimación pasiva del mismo en el proceso de resolución por traspaso ilegal.* [S. de 31 de marzo de 1970; no ha lugar.]

35. DISTINCIÓN ENTRE LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PERSONALIDAD: *La falta de legitimación activa es completamente distinta de la de personalidad a que alude el artículo 533 de la LEC, al aparecer la “legitimatio ad causam” del actor*

en función de la pretensión formulada en el pleito y suponer una actitud específica determinada por la situación en que las partes se encuentran respecto de la cosa que es objeto del mismo —S. de 18 mayo 1962— con lo que se identifica, cuando es directa con la titularidad de la relación jurídico material controvertida —S. de 11 febrero 1953 y 24 abril y 13 junio 1969— y al conectarse la segunda con las cualidades necesarias para comparecer en juicio y posibilidad de formular dentro de él las pretensiones que el compareciente estime pertinentes; la ausencia de la primera impide entrar en el conocimiento del fondo del pleito, mientras que la falta de personalidad, de carácter subsanable, da lugar a una excepción meramente dilatoria, ajena en absoluto al derecho que se discute, dentro de la cual no cabe incluir cuanto se relacione con el título arrendatario, según se infiere, entre otras, de SS. de 28 febrero 1957, 8 noviembre 1958, 17 abril 1959 y 5 octubre 1963.

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No puede invocarse para acreditar el error de hecho un documento objeto de debate en el proceso y de interpretación en la sentencia, ni las manifestaciones vertidas por los litigantes en sus escritos, ni las actas en que se transcriben las inspecciones personales de los jueces.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es defectuoso el recurso que no señala el párrafo del artículo que se dice infringido. [S. de 31 de enero de 1970; no ha lugar.]*

36. LEGITIMACIÓN EN DERECHO MATERIAL Y EN DERECHO PROCESAL: *Tanto el acto jurídico-material como el acto procesal requieren la legitimación de su autor para que uno y otro puedan desplegar la eficacia que les está asignada por el ordenamiento jurídico, lo cual es un presupuesto subjetivo-objetivo porque implica la relación en que ha de hallarse el sujeto del acto con el objeto, determinándose, tanto en función de la titularidad jurídico-material como de la titularidad procesal y en cuanto a ésta es un presupuesto de tipo subjetivo relativo a las partes cuya justificación es absolutamente necesaria para que pueda resolverse respecto al fondo de la cuestión debatida. [S. de 12 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

37. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Aunque de los documentos alegados como prueba del error de hecho pudieran derivarse presunciones no concordantes con las obtenidas con los juzgadores de instancia, esto no serviría para destruir la apreciación probatoria que se impugna, por no haber sido alegada por la vía procedente que no es la de la causa 4.^a del artículo 136 LAU, en la que, además, habría que demostrar que esas presunciones no eran lógicas, no guardaban enlace previo con los hechos de las que se dedujeron. [S. de 14 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

38. INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMALIDADES ESENCIALES DEL JUICIO: *Para que pueda prosperar un recurso basado en el quebrantamien-*

to de formalidades esenciales del juicio, es preciso que se haya pedido en la instancia la subsanación de la falta que se cometió y si hubiera ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda.

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: PRUEBA TESTIFICAL: *Las declaraciones testificiales son inadecuadas para fundar el error de hecho con base en la causa 4.^a. [S. de 24 de enero de 1970; no ha lugar.]*

39. **INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: CLARIDAD Y PRECISIÓN:** *Es causa de desestimación, y aun de inadmisión, el hecho de mezclar, en un solo epígrafe, conceptos tan dispares como la incongruencia, la aplicación indebida del artículo 86 de la LAU y la violación de otros artículos de la misma. [S. de 25 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

40. **INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO:** *Afirmado por el órgano "a quo" que determinada persona reside en Madrid, habitando indistintamente en el domicilio de sus hermanos, no se desvirtúa tal afirmación por el hecho de que en el año 1965 —algunos años antes del planteamiento de la demanda— dicha persona no aparezca empadronada en Madrid en el domicilio de sus hermanos, ni por la circunstancia de que en la renovación del D. N. de Identidad, realizada en 1966, aparezca domiciliado en otra población.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: FORMALISMO: *Basta para desestimar el recurso la circunstancia de que, amparado el mismo en la causa 4.^a del artículo 136 LAU, se alegue la infracción de normas sobre valoración probatoria de documentos. [S. de 19 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

41. **INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO:** *El error argüido como base del recurso ha de ser manifiesto y acreditado por los documentos invocados, sin mediar interpretaciones ni analogías; no es admisible que se desarticule la apreciación conjunta de la prueba realizada por el órgano "a quo", acudiendo para ello a aquellos documentos y elementos de juicio que el recurrente estime más favorables a la tesis que propugna. [S. de 4 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

42. **INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO:** *El error de hecho en la apreciación de la prueba, para que pueda ser causa del recurso de injusticia notoria, ha de ser manifiesto y acreditado por la prueba documental o pericial que obre en autos, es decir, que las probanzas de tal clase que se invoquen patenticen por sí, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos y deducciones, lo contrario de lo afirmado en la sentencia; son inhábiles para justificar el supuesto error los documentos que ya han sido tenidos en cuenta y valorados por el órgano "a quo" para fijar los hechos.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Es defectuoso el recurso en que no se cita con precisión la infracción, y al desarrollarlo, unas veces se habla de "aplicación indebida", otras, de "interpretación errónea". [S. de 27 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

43. INJUSTICIA NOTORIA: CONFESIÓN: *La confesión es divisible, bastando para ello, cuando se refiera a hechos diferentes, uno de ellos esté probado por otros medios.* [S. de 17 febrero de 1970; no ha lugar.]

44. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial es legalmente inhábil para acreditar el error en la apreciación de la prueba.* [S. de 26 de febrero de 1970; no ha lugar.]

45. INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE PRECISIÓN O CLARIDAD: *No cabe aceptar un recurso formalizado en la vía de la causa 2.^a del artículo 136 LAU, en que se alega la "infracción" del artículo 151 de la LAU sin especificar el concepto o clase de la infracción.*

COSTAS: *Al margen de la complejidad que puedan revestir las cuestiones planteadas, procede imponer las costas de la primera instancia en el proceso arrendaticio de la LAU al actor cuyos pedimentos fueron totalmente rechazados.* [S. de 17 de marzo de 1970; no ha lugar.]

46. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No pueden esgrimirse como documentos auténticos a efectos de casación, para evidenciar un error de hecho, los mismos que, habiendo sido discutida su interpretación, han sido tenidos en cuenta por el Tribunal "a quo" para construir su tesis decisoria del litigio, pues sólo cabe combatir por adecuada vía esa interpretación, invocando los preceptos de hermenéutica infringidos.*

CASACIÓN: DEFECTO FORMAL: *Incurre en defecto formal, por falta de claridad y precisión, el recurso en que se alega la interpretación errónea de un artículo y la violación del mismo.* [S. de 30 de enero de 1970; no ha lugar.]

47. CASACIÓN: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *Según reiterada doctrina jurisprudencial, es función propia del juzgador de instancia sentar los hechos que considera probados, afirmación que sólo puede combatirse por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 de la LEC, bien mediante documentos auténticos a los fines del recurso, por los que se demuestre, sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas el error del juzgador, o por haber infringido la sentencia, por alguno de los conceptos del núm. 1 del artículo 1.692 de la LEC, alguna norma que otorgue a cierta prueba practicada un especial valor. La viabilidad del recurso basado en el error de hecho en la valoración de las pruebas exige la cita de un precepto sobre la materia. Los documentos apreciados por el juzgador (a efecto de la fijación del presupuesto fáctico de la sentencia) carecen del carácter de auténticos a efectos de casación.* [S. de 3 de marzo de 1970; no ha lugar.]

VI. Colaboración de José POVEDA DIAZ.

1. PROPIEDAD HORIZONTAL: *Carece de valor frente a la escritura de constitución en régimen de propiedad horizontal, una escritura "aclinatoria" (otorgada después de aquélla, por el que fue dueño de la totalidad de la*

casa y uno de los actuales propietarios), en la que se pretenden modificar algunos aspectos del régimen de la Comunidad.

PRUEBA: ERROR EN LA VALORACIÓN: *No puede argumentarse que el Juez haya incurrido en error en la apreciación de la prueba cuando esta apreciación no tiene que ajustarse a normas pre establecidas de inexcusable acatamiento, y menos aún cuando ha basado sus apreciaciones en la valoración conjunta de aquélla.*

PRUEBA DE CONFESIÓN: *No puede hacerse valer contra un colitigante distinto del confesante.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS: *No se pueden acumular en un mismo motivo cuestiones diversas, ni aducirse cuestiones nuevas, ni entremezclarse cuestiones de orden fáctico probatorio con otras de carácter jurídico.* [S. de 20 de marzo de 1970; no ha lugar.]

2. ABOGADOS: HONORARIOS: *No se pueden incluir en las costas los honorarios de un Letrado por la realización de un escrito de personación, ya que estos escritos están exceptuados del requisito de la firma del Abogado.* [S. de 17 de enero de 1970; ha lugar.]

3. SERVIDUMBRE DE PASO: MODIFICACIÓN: *El artículo 543 del C. c., al prohibir que mediante obras se agrave la servidumbre, se refiere exclusivamente a las que se realicen en el predio sirviente, no el dominante.*

SERVIDUMBRE DE PASO: EXTINCIÓN: *El artículo 568 del C. c., al establecer la extinción de la servidumbre de paso, por haber reunido la finca el dueño del predio dominante con otra que tenga acceso por un camino público, se refiere sólo a la servidumbre forzosa de paso, no teniendo aplicación en el caso de que dicha servidumbre haya sido constituida voluntariamente, sobre todo si ya gozaba el dueño del predio dominante del paso distinto del constituido por la servidumbre con anterioridad a la constitución de la misma.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Es preciso para que pueda alegarse dicho error en la sentencia recurrida, que la equivocación evidente del juzgador se ponga de relieve a través de documentos o actos auténticos.* [S. de 31 de enero de 1970; no ha lugar.]

4. SERVIDUMBRES: EXTINCIÓN POR NO USO: *Declarada por la Sala sentenciadora, y no contradicha en forma, la extinción de una servidumbre de pastos, por no uso de la misma, los actos de posesión que, después de transcurrido el tiempo suficiente para dicha extinción, realizaron los antiguos titulares durante un año, no pueden producir por sí solos el nacimiento de nuevo de la servidumbre.*

CARGA DE LA PRUEBA: *No cabe discutir sobre la misma si los hechos determinantes del fallo han sido ya probados.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS: Es preciso citar con precisión y claridad en cuál de los tres conceptos enunciados en el núm 1º del artículo 1.692 de la LEC, entiende el recurrente que se vulnera un precepto legal. [S. de 28 de enero de 1970; no ha lugar.]

5. COMUNIDAD DE MONTES: Del hecho de aparecer inscrito en el Registro de la Propiedad un monte a favor de cuarenta y una personas, todas vecinas de un mismo pueblo, no debe sacarse necesariamente la consecuencia de que tenga que existir una comunidad romana, puesto que puede tratarse de un aprovechamiento consuetudinario de carácter vecinal colectivo "sui generis", distinto de dicho tipo de comunidad.

CONGRUENCIA: No existe incongruencia cuando la sentencia se limita a denegar las peticiones del demandante y absolver al demandado, pues si bien es cierto que el demandado se opuso en tales términos, que su oposición tenía toda la apariencia de una reconvención, en el fondo, dicha oposición se limitó a solicitar que se declarase no procedente lo pedido en la demanda, lo que equivale a pedir la absolución. [S. de 7 de febrero de 1970; no ha lugar.]

6. RECURSO DE CASACIÓN: RESOLUCIONES CONTRA LAS QUE PUEDE INTERPONERSE: No puede interponerse contra aquellas resoluciones que no ponen fin al procedimiento. Por lo tanto, dictado auto por el Juez de Primera Instancia y confirmado por la Audiencia Territorial, en el que se desestimaba la excepción de falta de personalidad en el Procurador de la parte demandante, no cabe interponerse recurso de casación contra dicho auto, sin perjuicio de interponerlo por quebrantamiento de forma, una vez se dicte sentencia definitiva en el pleito. [S. de 5 de febrero de 1970; no ha lugar.]

7. BIENES MUEBLES E INMUEBLES: Conforme a lo dispuesto en el artículo 334 del C. c., habrán de considerarse bienes muebles las escombreras o escoriales cuando han sido separados del yacimiento y depositados en otra finca.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ACTOS COETÁNEOS Y POSTERIORES: Vendida la finca en la que se depositaron escombreras o escoriales, hay que entender comprendidos éstos en la transmisión, puesto que la entidad vendedora no hizo reserva alguna en la escritura, ni posteriormente acto alguno de disposición o aprovechamiento de que pudiera inferirse su creencia de seguir siendo dueña de aquéllos. [S. de 18 de febrero de 1970; ha lugar.]

8. RECURSO DE CASACIÓN: REQUISITOS: El recurso de casación requiere: 1) Expresión del párrafo del artículo 1.692, a cuyo amparo se interpone; 2) Cita, con precisión y claridad, de la Ley o doctrina legal que se considera infringida; 3) Expresión exacta del concepto por el que se ha cometido la infracción denunciada. Los preceptos contenidos en el artículo 1.692 de la LEC son el cauce o vía por el que se interpone el recurso, por lo que no puede alegarse que los mismos han sido infringidos por la Sala sentenciadora. [S. de 11 de marzo de 1970; no ha lugar.]

9. DIVISIÓN DE COSA COMÚN: *El C. c. no exige que la correspondencia entre los distintos lotes en que se divide una cosa común, sea matemática, ya que el artículo 402 prevé la posibilidad de los suplementos en metálico.*

INDIVISIBILIDAD: *Es una cuestión de hecho, y de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, y más aún si ésta ha declarado la divisibilidad basándose en un examen pericial. [S. de 27 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

VII. Colaboración de Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

1. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INSTALACIÓN DE VIVIENDA EN EL LOCAL: *El establecimiento de vivienda en un local de negocio, según el artículo 5-1º de la LAU, no quita la condición de local de negocio al ocupado, toda vez que siguiendo instalado el local de negocio, no estaría el hecho incluido en la causa sexta del artículo 114, por no haberse producido la transformación que previene.*

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *No puede resolverse el contrato por otras causas que las previstas en el artículo 114 de la LAU.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: PRUEBA: *La infracción del artículo 1.214 del C. c. no puede servir para fundar en ella el recurso de injusticia notoria, por impedirlo su carácter general, que no hace referencia a la apreciación, en concreto, de ningún medio de prueba determinado, ni a regular el valor y eficacia de cada uno de los elementos probatorios que señala el 1.215 del propio Código. [S. de 3 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

2. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS PARA LA PUESTA EN MARCHA: *La facultad implícita deducida de la dedicación del local a un negocio para su normal funcionamiento sólo ha de referirse a obras que son necesarias en el momento de la instalación del mismo, para su normal puesta en marcha, sin comprender aquellas otras que con posterioridad el arrendatario considera como mejoramiento de las condiciones del mismo..., ya que la autorización concedida nunca debe suponer una ilimitada concesión para que el arrendatario lleve a efecto las obras que deseé y en cualquier momento.*

OBRAS INCONSENTIDAS: INSTALACIÓN DE CALEFACCIÓN CENTRAL: *Cuando de los términos de la autorización que concedió el arrendador no se deduzca otra cosa, se ha de entender que las obras han de referirse a las que son de carácter ordinario, pero nunca puede entenderse que abrazase a otras de tal amplitud, como la de instalación de calefacción central, puesto que entenderlo en este sentido forzaría de modo inusitado la interpretación del contrato, puesto que esta obra, desbordando los límites de los locales arrendados (sótano y planta baja), afecta a las paredes y patio interior del edificio, con tubería que llega hasta el tejado, a fin de dar salida a los humos de la calefacción, implicando, por tanto, una modificación de la estructura de lo que es materia del arrendamiento.*

CONSENTIMIENTO: PRESUNCIOS: *Cuando falte todo signo que revele el consentimiento para la realización de unas obras, no puede éste presumirse.*

CUESTIÓN DE HECHO: *La declaración sobre la necesidad de la ejecución de las obras es materia que, como hecho, compete apreciar al juzgador. [S. de 14 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

3. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: *La construcción de una mampara de madera y cristal, la adición de un zócalo, asimismo, de madera, la fijación de un techo de escayola y la adición de un material plástico sobre el pavimento no son obras bastantes para obtener la resolución del contrato de arrendamiento, de acuerdo con la doctrina de esta Sala.*

OBRAS: MODIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA: *No se concibe cómo se puede abrir un hueco en la pared (arco de medio punto) impidiendo al propio tiempo la caída o disminución de la resistencia, sin previamente verificar la destrucción de la pared.*

MODIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA: CONSTRUCCIÓN DE UN “FALSO TECHO”: *La construcción de un “falso techo”, decorado en escayola, que está formado por placas o planchas adicionadas por debajo—exactamente subpuestas—, mediante tornillos, al primitivo techo, que queda intacto, sin sufrir otra alteración o modificación, no supone una variación de la estructura de la nave en donde se instala, ni mucho menos la del inmueble de que forma parte. [S. de 20 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

4. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CUESTIÓN DE HECHO: *La comprobación de las circunstancias y elementos que integran o revelen, en cada caso concreto, la declaración de la voluntad de los contratantes, y a que se refieren en muchos de sus incisos los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, es cuestión de hecho, y tanto cuando se impugnan los hechos que sirven de base a la interpretación de la Sala sentenciadora, como cuando se combaten sus criterios jurídicos, será preciso exceder el notorio error padecido por aquélla, pues no vale oponer a la interpretación de la Sala el criterio particular de una de las partes.*

AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS: CUESTIÓN DE HECHO: *La existencia o no de consentimiento del arrendador para que el arrendatario realice ciertas obras es cuestión de hecho, y más si se trata de deducir de las circunstancias que acompañaron al contrato. [S. de 22 de enero de 1970; no ha lugar.]*

5. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: PRESCRIPCIÓN: *La acción para pedir la resolución del arrendamiento por obras inconsentidas prescribe por el transcurso de quince años, desde la ejecución de tales obras.*

COMIENZO DE LA PRESCRIPCIÓN: *El artículo 1.969 del C. c. sienta una base objetiva y no subjetiva, para dar comienzo a la prescripción, sin que tal base pueda ser normalmente alterada, aplicando por analogía el precepto que, limitado a una clase determinada de acciones, se establece en el artículo precedente; por excepción, si el desconocimiento de que una determinada acción ha nacido, puede estimarse como falta de posibilidad de su ejercicio, por ser ello de justicia si, en efecto, el accionante no conoció, a su tiempo, el evento que la origina, ello habrá de estimarse como un hecho impeditivo, pero no condicionante del ejercicio de la acción, y corresponderá la prueba de la ignorancia al que lo invoque, no en sí como elemento negativo, sino acreditando los hechos positivos que obstaculizaron el conocimiento.*

RENUNCIA DE DERECHOS: *Es indudable que en los contratos bilaterales, la renuncia de derechos, en los que va insrito el cumplimiento de obligaciones correlativas, necesita el asenso de la otra parte contratante, salvo estipulación en contrario.*

NOVACIÓN MODIFICATIVA: *El Código civil, si riguroso en apreciar la novación "extintiva" (artículo 1.204), no lo es tratándose de la meramente "modificativa", y el "objeto" al que se refiere el número 1.º del artículo 1.203, puede ser cualitativa o cuantitativamente variado, operándose con ello la novación.*

PRUEBA: PERITOS: *Para que la prueba pericial sea decisiva, al efecto de poner de relieve el error sufrido por la Sala, ha de producirse en términos de precisión y justera que lo avalen como destacado elemento probatorio, entre todos los demás aportados al proceso.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Siendo el recurso de injusticia notoria, lo mismo que el de casación, del que indudablemente deriva, un recurso de naturaleza extraordinaria, bien distinto de una tercera instancia, han de ser respetados los hechos que el Tribunal sentenciador, en la apelación, dio por acreditados al apreciar la prueba, sin otra posibilidad de rectificación que la que ofrece el cauce de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley especial arrendaticia, dentro de los límites que el mismo impone. [S. de 4 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

6. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS PARA LA PUESTA EN MARCHA: *Las únicas obras permitidas son las de adaptación del local de negocio para su destino, pero no las que modifiquen la configuración del mismo.*

CONSENTIMIENTO: *Las obras realizadas como modificativas de la configuración del local, objeto de arrendamiento, aunque sean conocidas, no quiere decir por ello que fueren consentidas.*

ACCIÓN DE RESOLUCIÓN Y ACCIÓN DE RESCISIÓN: *Ejercitada la acción de resolución del contrato de arrendamiento, por la realización de obras en el local arrendado que modifican su configuración, conforme al número 7.º del ar-*

título 114 de la Ley que gobierna las locaciones urbanas, no puede aplicarse el plazo de los cuatro años que para el ejercicio de la acción de rescisión señala el artículo 1.299 del C. c., por corresponder a distinta forma de ineffectividad de los contratos, de carácter excepcional para los casos a que se refieren los cuatro números del artículo 1.291, o cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley, conforme al número 5.º del propio artículo, del antes citado Código, sin que cual tan gratuitamente afirma el recurrente, al facultar la antes señalada causa 7.ª del artículo 114 de la LAU, para resolver el contrato "no es otra cosa sino que rescindirlo", y lo que en la terminología arrendaticia es resolución lo sea rescisión en la civil, pues incluso aunque se utilice la palabra "rescisión" en el contrato, es preciso entender en puridad que se quiso decir "resolución". [S. de 31 de marzo de 1970; no ha lugar.]

7. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ERROR DE HECHO: *Para fundar el error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo de la causa 4.ª del artículo 133 de la LAU, es necesario que surja de los documentos aportados, directamente y sin necesidad de interpretación, la equivocación evidente del juzgador. [S. de 23 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

VIII. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ.

1. ABUSO DE DERECHO: CONDICIONES DE EXISTENCIA: *El abuso de derecho es la calificación de una conducta que necesita conocerse y probarse, o, como dice la LAU, ha de ser manifiesto; esto es, que su existencia se tiene que revelar de modo patente y claro por los propios hechos establecidos en la sentencia recurrida o de los que resulten rectificados por la vía del error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba. [S. de 29 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

2. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: CAUSAS: NECESIDAD: CONCEPTO: *El concepto de necesidad al no definirse, carece de la entidad necesaria para invocarse como norma y está determinado en cada caso por las circunstancias diversas, cambiantes e imprevisibles, que la configuran. [S. de 14 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *La actora, en el momento en que notarialmente denegó la prórroga contractual, necesitaba la vivienda, ocupada por el recurrente, para casa habitación de su hijo, que había de contraer matrimonio y residir en Madrid, donde había de ejercer su profesión de arquitecto, y celebrado dicho matrimonio, el hecho de la ocupación temporal de un apartamento desde unos días después de aquella notificación, no puede obstar a tal necesidad, ya que el Juzgador ha de atender a la situación fáctica existente en el momento de la denegación de prórroga y no a la posterior cuando ésta es consecuencia directa de los actos obstativos del propio requerido y la ocupación provisional de una*

pequeña vivienda no destruye la necesidad invocada. [S. de 18 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

4. Ocupación inconsentida: acción resolutoria: prescripción: inexistencia: *Es notoria inconsecuencia la de querer beneficiarse de la inactividad en el ejercicio de la acción resolutoria, atribuida a la recurrida, basada en la ocupación del local por el tercero, negando, al propio tiempo, el hecho de la ocupación.* [S. de 29 de octubre de 1969; no ha lugar.]

5. Obras inconsentidas: alteración de la configuración: existencia: *La supresión de la puerta, quitándola del tabique donde estaba incorporada, suprime partes y elementos del inmueble que lo caracterizaban y hace imposible el cumplimiento de la finalidad de poder aislar por completo dos compartimentos por la misma comunicables.* [S. de 23 de abril de 1969; ha lugar.]

6. Obras inconsentidas: alteración de configuración: existencia: *Ni la colocación de lavabos, ni la de un nuevo parquet, tienen, como acertadamente sostiene la resolución recurrida, en el caso presente entidad suficiente para modificar la configuración de los locales.* [S. de 31 de octubre de 1969; no ha lugar.]

7. Obras inconsentidas: alteración de configuración: existencia: *Es indudable que el cierre de dos puertas existentes en un local arrendado constituye, objetivamente, una obra que implica clara modificación en la configuración del mismo.* [S. de 5 de noviembre de 1969; ha lugar.]

8. Obras inconsentidas: existencia: *A pesar de lo extensa que fue la autorización de reformas solicitadas, no se incluyó la más importante, ya que se pretendía taladrar transversalmente una pared a fin de instalar el mencionado tragante de humos, ni se recurrió a la subsidiaria autorización judicial, como hubiere sido preciso, para enervar una acción resolutoria.* [S. de 15 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

9. Cuestión de competencia: *Resultando de las facturas presentadas por el demandante que la mercancía viaja por cuenta y riesgo del comprador, estos elementos determinan la competencia a favor del primero, donde radica el establecimiento mercantil del actor, y aun cuando carezcan de valor esas facturas a efectos de competencia, por no estar firmadas por el demandado, el resultado sería el mismo, ya que, conforme también a constante doctrina de esta Sala, al no hallarse claramente determinado el lugar del cumplimiento de la obligación reclamada, debe entenderse que los géneros fueron entregados en el lugar en que radica el establecimiento mercantil del vendedor, en este caso Zaragoza, sin que a esto pueda oponerse con eficacia que se hayan girado algunas letras sólo a efectos de facilitar el pago. lo que en el caso que se contempla carece de influjo para la competencia.* [S. de 17 de octubre de 1969.]

10. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: CONGRUENCIA: EXISTENCIA: *La conformidad de lo resuelto con lo postulado, no ha de ser estrictamente literal, sino meramente sustancial, y así ocurre en el caso de autos, dado que, en la demanda, explicitamente se manifiesta que se ejerce la acción resolutoria del contrato arrendaticio y "consiguiente desahucio" por las causas que se explican y en el "petitum" se interesa que se tenga por promovido juicio de desahucio "por la indicada acción", de lo que se infiere que no existe la incongruencia que se denuncia y que, por el contrario, se respeta la trayectoria iniciada por la legislación especial de arrendamientos urbanos, más acorde con la técnica, en el sentido de que el desalojo, a virtud de desahucio, sólo cabe tras de resolverse el vínculo de carácter arrendaticio que a las partes ligare, que es lo que hace la sentencia recurrida.* [S. de 30 de octubre de 1969; no ha lugar.]

11. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIDADES: *Los mismos motivos no expresan el "concepto" por el cual se estima cometidas las infracciones que se acusan, vulnerando con ello la exigencia ritual de que se consigne tal extremo necesariamente y que ello se haga con la misma claridad y precisión con que ha de expresarse cuál sea la causa por la que se acciona.* [S. de 7 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

12. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIDADES: *Se denuncia infracción de imposible prosperidad, porque se habla de los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, no aclarando ni siquiera si se refiere solamente a los relativos a la interpretación de los actos jurídicos, ni precisando, por tanto, dentro de éstos, a cuáles de ellos se concreta, por la imposibilidad de poder abarcar a todos, muchos de los cuales se contraponen entre sí.* [S. de 18 de octubre de 1969; no ha lugar.]

13. PRUEBA: DOCUMENTOS FISCALES: EFECTOS: *Los documentos fiscales no hacen prueba plena ni tienen trascendencia eficiente por si solos a efectos civiles, aunque coadyuvan para la apreciación de un estado de hecho.* [S. de 12 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

14. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: INEXISTENCIA: *El motivo primero no puede prosperar, ya que pretende combatir la apreciación de la prueba, no tan sólo desarticulando sus elementos, sino incluso fraccionando el documento en que fundamenta el supuesto error de hecho, contraponiendo el criterio propio a la valoración y alcance asignados tanto a dicho documento como al resto de las pruebas por el Tribunal sentenciador.* [S. de 14 de octubre de 1969; no ha lugar.]

15. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: MOTIVOS: INEXISTENCIA: *Realmente, para poder demostrar un error de apreciación de prueba, es preciso que el documento, que con tal fin se esgrime, revele de manera clara y rotunda la realidad de un hecho contrario e incompatible con el que sirve de base a la sentencia; y no basta, por consiguiente, que las aseveraciones de tal*

documento puedan constituir punto de arranque a ciertas conjeturas e hipótesis, contrarias a las terminantes afirmaciones de la sentencia que se impugna. [S. de 16 de octubre de 1969; no ha lugar.]

16. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN: MOTIVOS: CONTRADICCIÓN: INEXISTENCIA: *Cuando las sentencias supuestamente contradictorias han sido dictadas en asuntos diversos, no puede existir entre ellas otra condición que la referente a los razonamientos empleados; lo que no es suficiente para fundamentar ningún recurso. [S. de 25 de septiembre de 1969; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.