

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO, XXIII  
FASCICULO III



JULIO - SEPTBRE.  
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.

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

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

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

- JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral* ..... 459
- DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión* ..... 519
- MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Culpa de la víctima y accidente de trabajo* ..... 543

### Estudios legislativos

- JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970* ..... 601

## Vida Jurídica

### I. Notas Críticas

*El recurso en interés de la Ley y el valor de la jurisprudencia*, por F. de C. 613

### II. Dictámenes

*Dictamen sobre "Comunidad incidental de la plantación efectuada por un tercero en monte comunal"*, por José Luis de los Mozos ..... 625

## Bibliografía

**Libros** ..... 643

BADENES GASSET, Ramón: *El contrato de compraventa*, por R.; BARMANN, Johannes: *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*, por R.; CANTELMO, Vincenzo Ernesto: *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, por R.; CARUSO, Francesco: *Le società nella Comunità Economica Europea. Contributo alla teoria della nazionalità della società*, por R.; CORSARO, Luigi: *L'imputazione del fatto illecito*, por R.; DEL ANGEL YAGUEZ, Ricardo: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, por R.; FEBRES CORDERO, Eloy: *El Registro Civil en Venezuela. Comentarios y jurisprudencia*, por R.; GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, por José Bonet Correa; PELLICER-VALERO, Jesús-Agustín: *El procedimiento sancionador en materias de información y turismo*, por Celestino A. Cano Tello; SCUDERO, Michele: *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, por R.; SOTO NIETO, F.: *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, por José Bonet Correa; ZAMPETTI: *Il finalismo nel Diritto. Verso una concessione personalistica dell'ordenamento giuridico*, por R.

### Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz, Antonio Manuel Morales e Ignacio Solís Villa. 659

## Jurisprudencia

### I. Sentencias comentadas:

*El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970), por Juan Cadarso Palau ..... 670

II. Sentencias ..... 678

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125—1958.

## IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIII  
FASCICULO III



JULIO-SEPBRE.  
MCMLXX

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA**

**Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

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

## Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral(\*)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: 1. Influencia del medio de percepción que predomine en la jerarquía de las fuentes del Derecho.—2. Las Compilaciones forales y el rango de las fuentes del Derecho.—3. La percepción sensorial y el modo de pensar y sentir.—4. El equilibrio de los medios de percepción sensorial y la armonía jurídica.—5. La tactilidad del orden de la naturaleza —de la *tellus*— como fuente jurídica.—6. El método realista de inducción de los primeros principios y la determinación de las normas de Derecho según la necesidad o la voluntariedad de su formulación.—7. Ambito del Derecho dejado a la iniciativa particular: la *libertad civil*.—8. Límites y pauta de la libertad civil. Su contraposición con los criterios del liberalismo. Su encarnación en usos y costumbres.—9. El engarce orgánico de las fuentes formales en su fuente material, en los Derechos forales.—10. Prioridad de la costumbre racional sobre la ley.—11. El valor decisivo del *consensus* racional de la costumbre en su primacía sobre la ley.—12. La ordenación racional en las normas jurídicas.—13. Razones de la promulgación de las leyes en el régimen fundamentalmente consuetudinario de las regiones forales.—14. La costumbre como germen de vitalidad o de muerte de la ley.—15. El equilibrio de las fuentes en la aplicación judicial del Derecho.—16. La incidencia en el Derecho foral de una concepción de las fuentes ajeno al mismo.—17. El desarraigo y el Derecho foral.—18. El predominio actual de los ambientes urbanos sobre los rústicos.—19. El impacto de los medios audiovisuales o filmicos.—20. La masificación contrapuesta al Derecho foral.

1. Confesamos que este trabajo nos ha sido inspirado por la lectura de un libro no jurídico, “La galaxia Gutenberg” del profesor canadiense Marshall Mc Luhan (1). Desde que lo leímos, hemos meditado y rumiado acerca de si la relación que, según el autor nos muestra, ha existido siempre entre la percepción sensorial predominante y el modo de pensar y actuar del hombre, puede constituir el punto de partida de esas múltiples y repetidas incomprensiones que tanto

---

(\*) *Este trabajo ha sido escrito para el Libro Homenaje en memoria de Mariano Alonso Lambán. Se anticipa aquí su publicación con expresa autorización de los promotores de dicho libro.*

(1) MARSHALL MC LUHAN, *The Gutenberg galaxy*, Universiti of Toronto Press 1962; cfr. vers. francesa de JEAN PARÉ, *La galaxie Gutenberg*, Montreal, 1967.

han separado desde la raíz de su mentalidad a los juristas. De una parte a los juristas racionalistas y uniformistas, que siempre sueñan en recoger todo el Derecho en Códigos completos y de aplicación lo más general posible; y de otra, a los juristas que por su modo de pensar y sentir han buscado el Derecho en el orden de las cosas, como insito por Dios en su obra creadora, y que por consiguiente han estimado que sólo en la realidad concreta puede ser encontrado e inducido ese orden, pues en ella es donde se encarna vitalmente el pueblo en una tradición, progresiva pero siempre arraigada, que cabe rectificar y corregir en cuanto suponga desorden, pero que precisamente para eso y también para mejorarla en lo posible no se puede desconocer ni destruir.

El problema actual del Derecho no es distinto en su raíz filosófica de los demás que han provocado la crisis del mundo occidental.

¿Nuestra razón ha de alimentarse con la percepción de la realidad elevándose hasta sus primeros principios, buscar el orden insito en ella y corregir con su experiencia lo que se halle desordenado? O bien, ¿toda la realidad ha de ser configurada por nuestra razón desencarnada y abstracta, que puede y debe construir un mundo a la medida de sus intuiciones y deseos, conforme a su voluntad? O, en fin, abocada en el flujo de un continuo cambio y arrastrada por su corriente, ¿debe limitarse a seguir ese devenir, procurando adivinar su dirección, pues, privada de todo juicio de valor, la superestructura que ha de tejer debe venirle dada, en cada momento, por la infraestructura material cambiante, en dialéctica permanente?

La respuesta afirmativa a cualquiera de estas preguntas implica la negación tajante de las otras dos. La concepción tradicional cristiana optaba por la primera. El mundo moderno, con Descartes, Kant y Fichte a la cabeza, por la segunda. El marxismo y el progresismo, sólo pueden aceptar la tercera, aunque iluminen la oscuridad de un destino, que pende para ellos de un devenir implacable, con su fe en un mito, en un nuevo mesianismo, en un futuro paraíso terrenal, en un punto omega, que sitúan al final de aquel devenir, y que les sirve para señalar lo que, por conducir hacia él, se halla dentro del sentido de la Historia.

La repercusión en el Derecho de esas concepciones es evidente.

En el primer caso, el hombre ha de inducir de la realidad la norma de Derecho que más adecuada resulte a ella. El Derecho es un *ars addita naturam*. De ésta, en una visión dinámica, induce los primeros principios, que confronta a la realidad cambiante, pesando y midiendo las circunstancias en todos los ámbitos y aspectos perceptibles. La solución justa no deriva silogísticamente en una sola línea de razonamiento, sino que se ha de buscar ponderando los hechos en su totalidad, situándose en la encrucijada de todos los principios y de todas las realidades.

En el segundo caso, la mente humana capta por intuición vaga unos principios básicos, de los que nuestra razón, operando de un

modo abstracto, puede deducir silogísticamente todo el Derecho, y expresarlo como un conjunto de reglas, que han de ser recogidas en Códigos, a fin de suministrar a los jueces todas las posibles premisas mayores para sus juicios.

En el tercer caso, teóricamente el Derecho sólo debiera pretender adaptarse continuamente a la infraestructura económica y aún anticiparse a ella. Pero, esa última conveniencia, que aconseja adelantarse, conduce a que esa superestructura, que anticipadamente se prefigura, sea lo que predetermine la infraestructura, que en pura ortodoxia debiera haberle determinado a ella, y la impulse en dirección al mito ideal que es presentado como meta, pese a lo muy contradictorio que resulta el concepto de meta con un cambio continuo e indefinido, es decir, sin fin.

La justicia del caso, primordial en el primer sistema, pierde vigor en el segundo, orientado hacia fórmulas generales y abstractas mecánicamente aplicadas, y es sumergida y arrastrada totalmente en el tercero, en aras del mito a conseguir y del aparato rígido que se monta desde ahora para alcanzarlo no se sabe cuándo.

La codificación fue impulsada por la segunda mentalidad, es decir, por el idealismo racionalista y voluntarista (encarnada en la voluntad general y delegada por el sufragio universal al Parlamento). Aunque, afortunadamente, los juristas que la realizaron —como buenos juristas prácticos la mayor parte de ellos— más que crear un Derecho nuevo, articularon en la mayoría de los Códigos el Derecho tradicional, y recogieron en fórmulas la secular sabiduría jurídica que había sido forjada, desde Roma al Renacimiento, con el primer sistema, es decir, por el método realista.

Sin embargo, el sistema de fuentes impuesto en la codificación fue netamente distinto al que había concretado esa tradición. La ley no necesita hoy el requisito de la racionalidad; pues, para los autores que propugnan el positivismo legalista, por definición necesariamente ha de ser racional, ya que, al faltar toda pauta en el orden de la naturaleza, sólo la voluntad general, teóricamente encarnada en el mismo poder legislativo, puede decidir lo que es racional. Las costumbres quedan reducidas a la función supletoria, de llenar el vacío de las lagunas de ley, mientras el propio legislador no los llene. Y los principios generales ya no son trascendentes, sino inmanentes a la ley positiva. Han de abstraerse de ésta; en lugar de tomarse, con mayor generalidad, de la misma fuente de la que las leyes deben ser aplicación concreta, es decir a modo de conclusión del orden natural.

El problema del Derecho foral con relación al Derecho codificado, contenido en el Código civil español, se ha planteado generalmente —pues tal vez de otro modo la discrepancia hubiese sido insalvable— como una cuestión de contenido, y, sin embargo, creemos que tanto o más que un problema de contenido es un problema de fuentes.

El trabajo que ahora ofrecemos tiene por tema principal precisamente esta preocupación.

2. Antes de acometerlo es conveniente comenzar por examinar qué dicen las Compilaciones forales de las fuentes que, aparte de las normas compiladas, han de surtir de Derecho civil al territorio de su competencia.

La Compilación cronológicamente aprobada primero, es decir, la del *Derecho foral de Vizcaya y Alava*, contiene a este respecto sólo una norma colocada en la segunda de sus disposiciones finales. Después de declarar, en la primera, que "*las disposiciones civiles del Fuero de Vizcaya y del Fuero de Ayala, quedan sustituidas por las contenidas en esta compilación*", dispone, en la segunda, que: "*En lo no previsto en esta Ley, y en tanto no se opongan a ella, se aplicarán directamente en el Infanzonado de Vizcaya y en el territorio foral de Alava el Código civil y las leyes que éste declara vigentes.*" Con lo cual, entre su contenido y el del Código civil, sólo se sitúa el filtro de los que podríamos denominar principios generales del Derecho privado de la Tierra llana de Vizcaya y del territorio de Ayala, aunque casi se reduzcan éstos, según el texto compilado, a los de la conservación del caserío y del mantenimiento de la troncalidad en la sucesión del mismo. y, en la cima, el de la libertad civil como cauce para esa consecución.

La *Compilación balear* contiene una segunda disposición final correlativa a la de la vizcaína-alavesa, y, en su primera disposición final, expresa una norma derogatoria absoluta al sustituir, por las normas de la Compilación, las del "*Derecho civil balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente a la promulgación de esta Compilación*", pero deja mitigados los efectos contundentes de la conjunción de ambas disposiciones finales al prevenir en su art. 2.º, § 2, que: "*Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas Leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan*".

Paralelas a las expresadas, son las disposiciones finales primera y segunda de la "*Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*". El § 2.º del art. 1.º, corresponde al 2.º del 2.º de la balear: "*Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan.*" Y el art. 3.º añade: "*El derecho local, escrito o consuetudinario peculiar de algunas poblaciones o comarcas, tales como..., se observará en el mismo territorio que desde antiguo aquéllas comprendían, en la parte que esta Compilación lo recoja o se remita a él.*"

La *Compilación del Derecho civil de Aragón*, hasta ahora la última promulgada, es más rica a este respecto, pues contiene tres normas en sus tres primeros artículos, integrantes de su Título preliminar, que dicen así:

"*Fuentes jurídicas.—Artículo 1.º 1. Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios ge-*

nerales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico.

2. En defecto de tales normas, regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español.”

“De la costumbre.—Art. 2.º 1. La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón.

2. Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes.”

“*Standum est chartae.*—Art. 3.º Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón.”

Es decir, que, al parecer, sólo el Derecho local o comarcal catalán en los casos de expresa remisión, y más ampliamente el Derecho aragonés, en su totalidad, sitúan sus costumbres como fuentes vivas y preferentes, entre su Compilación y el Código civil, mientras las demás costumbres forales que no hayan cristalizado en preceptos de su respectiva Compilación, quedarán detrás de las normas de dicho Código, al menos en tanto que una futura revisión de la Compilación no las recoja asumiendo su contenido, y salvadas las que sean meramente interpretativas de preceptos de la propia Compilación, o bien queden amparadas en la inaplicabilidad de los preceptos del Código civil contradictorios de los principios generales del correspondiente Derecho foral.

Cabe preguntar si esa restricción de fuentes producirá una asfixia del Derecho foral compilado. El tiempo lo dirá...

El jurista catalán Almeda (2) en su discurso inaugural del Curso 1907-1908, como presidente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Barcelona, terminaba con esta proclamación solemne:

“Señores Académicos: Cataluña debe a la costumbre el inapreciable tesoro de su Derecho; la costumbre lo ha conservado en los tiempos en que Cataluña ha carecido de personalidad política y legislativa particular. Cataluña debe al alma de su Derecho consuetudinario, que es la libertad, la conservación de las familias, principio de todas las sociedades, por la conservación de los patrimonios, que son elemento indispensable para la subsistencia de aquéllas; el amor al trabajo que ha obligado al catalán a sacar pan de las piedras y le ha impulsado a empresas industriales y mercantiles en la mar y en la tierra; el alejamiento de nuestra sociedad política de las convulsiones agrarias que son fábrica de mendicidad y de bandolerismo en otras comarcas; la elevación del labrador a la condición de propietario de las tierras

---

(2) JOAQUÍN ALMEDA Y ROIG, *La costumbre como fuente de Derecho*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, XIV, enero 1908, p. 25.

que fertiliza con su trabajo, impidiendo la formación de vastísimos dominios privados y la concentración de la propiedad...”

Hoy esta fuente, viva hasta ahora, ha dejado cristalizado en mayor o menor grado el Derecho de estas regiones. Cierto es que antes, aún no recogido en un texto articulado, legalmente ya lo estaba, a partir del Código civil, pues si bien éste en su artículo 12 respetaba el régimen consuetudinario a la sazón vigente en las regiones forales, en cambio en sus artículos 5 y 6, de general aplicación, excluía las costumbres contra ley.

Es un hecho que hoy la ley se proclama a sí misma fuente primera. Pero también lo es —como reconoce Federico de Castro (3)— que: “El rango de las fuentes es un hecho histórico, dependiente de la organización política vigente. No puede afirmarse la supremacía general de la costumbre ni de la ley.” Nosotros añadiríamos, que no sólo depende de la organización política, sino de la fuerza de la sociedad y su resistencia a la presión de aquélla. El mismo De Castro, sin embargo, prosigue que: “La observación tópica contra la supremacía de la ley, de que una ley siempre puede ser derogada por la fuerza de los hechos, adolece de confundir validez y costumbre; ninguna organización política, ninguna norma o costumbre puede garantizar para el futuro su rango o su eficacia, pero su dependencia respecto del mudar histórico nada dice contra la posibilidad de una jerarquía establecida y eficaz *mientras subsista* la misma organización jurídica.”

Queremos matizar la opinión de nuestro muy querido maestro en tres extremos. Primero, que no creemos que la validez de la derogación dependa de la organización política en cuanto fuerza que impone una prelación. Segundo, que creemos en un natural equilibrio de las fuentes, que invariablemente hace depender la prelación de éstas, en cada caso, de su mayor racionalidad y adecuación concreta. Y tercero, que esta ordenación de las fuentes sólo puede depender de una fuente jurídica superior a la positiva, del propio orden de las cosas, al que deben someterse tanto la ley como la costumbre, tanto el orden jurídico como la organización política en sus líneas generales.

Creemos con el citado Almeda (4), que mientras haya pueblo, es decir, mientras éste no sea totalmente reducido a masa: “Los empeños del labrador que arroja la semilla en campo pedregoso y tierra estéril, son ejemplo adecuado de los del legislador que establece leyes inconvenientes y contrarias a los usos y prácticas del pueblo: pierde aquél la semilla y el trabajo, porque ni la primera arraiga ni la segunda la hace productiva; la tierra resiste invenciblemente, agotando las fuerzas y el ingenio del insano que a la postre ha de reconocer su impotencia. *Leges nulla alia ex causa nos tenent*, dice la 32 D., lib. 1.º, título III, *quam quod iudicio populi receptae sunt.*”

(3) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Parte General, vol. I, cfr. 3 ed. Madrid, 1955, parte III, caps. III, IV, p. 419.

(4) ALMEDA, loc. cit., p. 24.

3. Pero veamos ya el reflejo que en las fuentes del Derecho tiene la percepción sensorial predominante y, para ello, comencemos por seguir a Mc. Luhan en su examen del influjo de aquélla en el modo de pensar y de sentir individual y socialmente del hombre.

El hombre primitivo emplea todos sus sentidos para captar la naturaleza que le rodea: el ojo, el oído, el tacto, el olfato. Goza de una verdadera interacción de sus sentidos. Sus sensaciones son táctiles, notemos que “tocar no es tanto un sentido particular como la interacción de los sentidos” (5).

Pero los progresos tecnológicos, con todas sus evidentes ventajas y el progreso a que dan lugar, en cambio le producen fragmentaciones y segmentaciones sensoriales y, en consecuencia, intelectuales. Así:

A diferencia del ideológico, el alfabeto fonético provoca “una ruptura entre el ojo y el oído, entre la significación semántica y la codificación visual” (6); nuestro alfabeto “se distingue ante todo por su capacidad de disociar no solamente la imagen y el sonido, sino que también la sonoridad de las letras y los sonidos que representan son despojadas de significación propia” (7).

La escritura y consiguientemente la lectura, lleva al predominio del sentido visual y, cuanto mayor sea ese predominio, mayor es el peligro de producir “una distorsión de la realidad, resultante de la invención de un medio uniforme de traducir *todos* los aspectos de nuestro universo en el lenguaje de uno solo de nuestros sentidos”, lo que significaría “una distorsión científica, aunque uniforme y coherente”, siendo así que “el dominio de uno solo de los sentidos es una receta para el hipnotismo”, que puede servir para “encerrar una cultura en el sueño”, en tanto que con la “excitación de otro sentido no se despierte” (8).

La imprenta, “la tecnología gutenberiana”, que puede dar lugar a la “separación de los sentidos y la interpretación de la sinestesia táctil derivada de su interacción” (9) —así una “esfera, por ejemplo, aparece al ojo como un disco plano; es el tacto lo que nos instruye de sus propiedades de espacio y forma” (10) y por interacción nos educa la perspectiva del ojo—, puede originarnos “la fragmentación de las operaciones sociales y de la vida sensorial personal en segmentos especializados” (11).

La purificación de la imagen, fruto de la tipografía, “no tiene en cuenta que la distorsión y la desintegración de la imagen como experiencia plástica”, no corresponde a la realidad, sino “al concepto de representación predominante, y que es estático y limitado, y, por

---

(5) Mc LUHAN, op. cit., p. 82.

(6) *Ibid.*, p. 34.

(7) *Ibid.*, p. 60.

(8) *Ibid.*, p. 92.

(9) *Ibid.*, p. 22.

(10) *Ibid.*, p. 102.

(11) *Ibid.*, p. 22 *in fine* y s.

consecuencia, en contradicción con la naturaleza plástica y dinámica de la experiencia visual" (12). "La tipografía y sus consecuencias sociales nos llevan a que no lleguemos a notar, tanto en nuestra vida interior como en nuestra vida exterior, esa interacción y lo que podríamos llamar causalidad "formal". La imprenta existe gracias a la separación estática de funciones y alimenta una mentalidad que resiste gradualmente toda concepción que no separe, no compartimente, no especialice" (13).

Una vez aceptado el proceso de dislocación y segmentación del lenguaje y de la experiencia, "ya no hay resistencia posible". Todo se disloca: "El materialismo toma los cuerpos físicos y sus movimientos como la realidad primera, el idealismo la ve más bien en el espíritu o intelecto; en tanto que el dualismo cartesiano postula por los dos reinos independientes: la *res cogitans* mental, y la *res extensa*, material" (14). El pensamiento se aísla así de las cosas, del tiempo y del Creador. En efecto:

Con el aislamiento de lo visual, "el sentimiento de interacción y de transparencia de la trama del ser se esfuma y el pensamiento humano no se siente ya formando parte de las cosas", y, además, "aísla también la razón del tiempo externo", lo sustituye por "la duración del ser que piensa, que sólo es duración del conjunto sucesivo de sus pensamientos...". La conciencia humana: "Separada de la duración de las cosas e incluso de los modos de su existencia, se halla reducida a una existencia sin duración. Está siempre en el momento presente." Desde ese instante "el Dios conservador y creador está ausente. El actor principal ya no está en escena. En el papel sobreeminente de causa primera se halla sustituido por el juego de las causas segundas". En lugar de Dios hay los sentimientos, las sensaciones, todo lo que causa las sensaciones... e "inevitablemente la tecnología de la imprenta con su poder de disociar" (15).

No sólo se disocian, sino que se olvidan las causas formales, materiales y finales. "La tendencia a buscar una causalidad monolineal puede explicar por qué la cultura de la imprenta ha estado tanto tiempo ciega a otras formas de causalidad. Y la ciencia y la filosofía modernas se ponen de acuerdo para decirnos que hemos pasado de la "causa" a la "configuración", en todos los dominios del estudio y del análisis..." "Ha sido una consecuencia de la técnica cartesiana de separación que garantizaba que todos los aspectos olvidados de la experiencia serían rechazados a lo inconsciente. Esta estrategia, que nació del especialismo lineal y de la separación de funciones, ha creado el mundo estúpido, falsamente profundo y ampuloso del que se han burlado Swift, Pope y Sterne" (16).

(12) *Ibid.*, p. 155.

(13) *Ibid.*, p. 154.

(14) *Ibid.*, p. 300.

(15) *Ibid.*, p. 293 y s.

(16) *Ibid.*, p. 306 y s.

La alineación de la letra impresa favorece la tendencia al razonamiento monolineal. En efecto, el orden de la narración hace aparecer como sucesivos hechos y circunstancias que pueden ser simultáneos. Henri Charlier (17) hace notar que las cuatro causas “actúan al mismo tiempo y actúan una sobre la otra; hay *interdependencia de las causas*, y los más graves errores del pensamiento de la acción dimanan frecuentemente de que se olvida una de ellas”. En ellas “las *anterioridad* lógica no es sino muy raramente una anterioridad real en el tiempo, no es sino una imagen defectuosa”, debido a “necesidades de lenguaje, la lógica es un arte que se ocupa esencialmente de transformar lo simultáneo en sucesivo”, pues las palabras tienen un “orden lógico que frecuentemente no tiene otra razón de ser que la necesidad de hablar primero de una cosa y después de otra”. Además, las causas, a menudo cambian de naturaleza; a veces “la causa eficiente no es solamente eficiente, la causa material no es sólo material” y “las causas son causas unas de otras, pero desde puntos de vista distintos”.

Nada ha de extrañarnos, pues, que el influjo de la imprenta haya favorecido el idealismo y el subjetivismo. También ha destacado Mc. Luhan que sin duda facilita el reinado de las ideologías, dado “ese poder que la imprenta tiene de instalar al lector en un universo subjetivo en el que la libertad y la espontaneidad no tienen límites” (18). “El espíritu mecánico de caracteres móviles alineados con precisión ciertamente no podía encontrar espejo más fiel que Descartes...” “La idea de progresar regularmente es un plano único de conciencia narrativa es totalmente extraño a la naturaleza del lenguaje y de la conciencia. Pero corresponde estrechamente a la naturaleza de la imprenta” (19).

He ahí una partida negativa de unos adelantos tecnológicos que por otra parte tienen un importante haber a su favor. No olvidemos que especialmente el hombre por sí solo únicamente puede percibir aquello que pueden alcanzar sus sentidos, solos o auxiliados por los aparatos de que disponga para ese objeto. Quieto o en movimiento perderá innumerables percepciones; por lo menos las que no coincidan con su presencia en el lugar y en el momento precisos. Pero, además, temporalmente hay un cúmulo de sensaciones que sólo su memorización permite convertirlas en experiencias, y que hay otro cúmulo mucho mayor de experiencias ajenas que son anteriores a su existencia. Sólo la información y la comunicación pueden completar el conocimiento, siempre provisional y parcial, del mundo que le rodea, en su ser y en su devenir más o menos constante, variable y veloz. Y esos conocimientos —directos o comunicados— el hombre trata de conservarlos —en su memoria o en instrumentos adecuados (tablillas,

(17) HENRI CHARLIER, *Culture Ecole et Metier*, 2.<sup>a</sup> ed. París, 1959, cap. VI, pp. 109 y 119, cap. VIII, p. 132 y *Apéndice*, p. 176 y ss.

(18) MC LUHAN, op. cit., p. 191.

19) *Ibid.*, p. 297.

monumentos y lápidas, pergaminos, manuscritos, impresos y hoy en discos y bandas sonoras, etc.)—, de ordenarlos, relacionarlos y acceder a otros nuevos conocimientos a través de los que tiene, y, entre ellos, a los modos, técnicas y métodos precisos para lograrlos. Así el hombre ha llegado desde el conocimiento de los efectos al de las causas, y viceversa; se ha elevado de lo singular a lo universal, de la experiencia a la teoría y de la teoría a la técnica.

En resumen, el alfabeto, la escritura, la imprenta ayudan a conocer la realidad con mayor extensión y perspectiva histórica, con más elevación y concatenación. Pero pueden aislarnos de ella, mediatizándola y, en especial la imprenta, pueden fragmentárnosla, disociárnosla y aislar así nuestra percepción de su causalidad formal y final, para someterla idealmente a una linealidad lógico formal.

¿Cómo provechar aquellas ventajas sin sufrir esos defectos? Se trata, una vez más, de una cuestión de equilibrio. Rafael Gamba (20) nos lo hace notar al explicarnos que “la salud mental radica para el hombre en mantener lo que podría llamarse el *sentido de la realidad*, un sano equilibrio entre lo real y la ideación. Por modo tal que la raíz de la mayoría de las enfermedades psíquicas —tan en alza en nuestra civilización— suele encontrarse en un predominio patológico del plano ideal sobre la normal recepción e interpretación de la realidad circundante”.

Se trata, pues, de llevar ese equilibrio a su raíz, es decir, a los medios de percepción, y de buscar la interacción de los sentidos, que tienen como pivote la tactilidad. Es algo que fue logrado perfectamente en la cultura medieval del manuscrito. Mc. Luhan (21) repite la expresión de Smalley de que “se nos pide que miremos a través del texto más que al mismo texto”. Es la edad del *sensus communis*, que resplandece en las *manifestatio* de Santo Tomás de Aquino. En ella, del mismo modo como en la catedral gótica, la luz llega por *transparencia* de la cosa, en lugar de por su mera *iluminación* desde un punto exterior. “La cultura del manuscrito, efectivamente, utilizó los medios auditivos-táctiles de la sensibilidad humana en un grado que resulta incompatible con la abstracción visual o la traducción de todos los sentidos en el lenguaje del espacio unitario, continuo y pictural”, resultante de la visualización tipográfica. Aquella plena percepción caracteriza la obra del Dante, de quien ha dicho —siguiendo a Panofski— que: “Su aprehensión sensorial es tan segura, su empresa intelectual tan directa, que nunca duda de que se halla en el centro mismo de la percepción”, al igual que en Santo Tomás de Aquino: “la letra y el contenido forman un todo profundo” (22).

Es el mismo equilibrio reflejado en el *verbum iuris* de la Roma quiritaria —que nos ha hecho percibir en otro libro fascinante y re-

(20) RAFAEL GAMBRA CIUDAD, *El silencio de Dios* (Madrid, 1968), capítulo VIII, p. 114.

(21) MC LUHAN, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

(22) *Ibid.*, pp. 137 y ss.

ciente el profesor Di Pietro (23)—, en el que “la palabra es capaz de descubrir el *mysterium rerum*”, para lo cual es “necesaria la vivencia íntima de la dupla *nomen-numen*”, que “requiere siempre una actitud de observación concreta por parte del hombre, pues para descubrir el *numen* se hace necesaria la *contemplatio* íntima del secreto de la cosa”, “de la vigencia esencial de lo divino que habita el ser de las cosas y las integra armoniosamente en el contexto del acontecer cósmico”; de modo tal que “la palabra es una esclava del acontecer de las cosas”, “obligada a tener que revelar la diafinidad esencial de los objetos enunciados”. Es el equilibrio que se pierde, cuando “las palabras, único vehículo que nos permite el lazo espiritual con ellas” [con las cosas], se convierten en “entelequias vacías de contenido”, fruto del *cogito ergo sum*, como punto de partida que sustituye a la realidad.

4. Ese equilibrio o este desequilibrio, sin duda, tienen su reflejo en el Derecho. Lo ha observado también Gamba (24): “La maduración cultural de un pueblo se realiza en un lento predominio del derecho escrito sobre la costumbre, de la unidad o estructuración sobre el localismo tribal, del plano teórico sobre la pura adaptación al medio. Sin embargo, también en este orden la salud consiste en una tensión y equilibrio entre lo ideal y lo real, en una permanente toma de contacto con la realidad en la que no se *abstractice* el saber ni se reduzca la vida y las relaciones de los hombres a esquematismos artificiales e infecundos. Al modo como la virtud es en el hombre una tensión y armonía de sus facultades, así también la sana vida de los pueblos debe siempre apoyarse en las relaciones concretas de la agrupación local o profesional y en los límites y dimensiones creados por la historia y la tradición.”

En cambio, un Derecho totalmente legislado, como el que pretendió imponer la escuela francesa de la exégesis y en términos generales el racionalismo jurídico, ha de sufrir las limitaciones de una percepción recibida únicamente por medio de la letra impresa de la ley: abstracción, generalización, visión segmentada, linealidad con olvido de todas las causas que no sean formales, aplicación silogística monolineal, falta de vivencia de la realidad.

“La razón —advierde Di Pietro (25)— ha elaborado “per se” tratados inmensos, ha trajinado larguísimas leyes, ha completado Códigos aparentemente perfectos y una vez elaborados ha querido imponerlos a la realidad, y la más de las veces los mismos no han resultado sino vacías entelequias que se han desfondado en cuanto se pretendía su más mínima aplicación”. Al referirse la palabra “a cosas abstractas, su aplicación resulta una desvirtuación de la realidad”.

(23) ALFREDO DI PIETRO, *Verbum Iuris*, Buenos Aires, 1968, cap. II pp. 13 y ss. y cap. VI, 1, pp. 79 y ss.

(24) GAMBRA, op. y cap. cit., pp. 114 y s.

(25) DI PIETRO, op. cit., cap. VI, 1, pp. 86 y s.

Recasens Siches (26) ha notado precisamente que la lógica formal, la lógica matemática, es insuficiente e insatisfactoria en su aplicación al Derecho. La razón de esa insuficiencia radica en que no abarca la totalidad del “*logos de lo humano*” o de “lo razonable”. “Hay otras partes de la lógica: la lógica de la razón vital, de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental”. Todas estas lógicas escapan a la visión monolineal, al deduccionismo del racionalismo, a la concepción silogística que deduce lo justo tomando el Derecho legislado como premisa mayor.

En cambio, nuestro Derecho foral en toda su Historia, mientras es un Derecho vivo, completa armoniosamente sus medios de percepción jurídica. El Derecho se vive táctilmente, se oye y se lee. En efecto: el orden de la naturaleza, la conducta que debe seguirse para pervivir en contacto con ésta, llega a exteriorizarse por una fuente táctil, que se percibe y siente con todos los sentidos, con todo el ser, al contacto con la realidad. Esta ha enseñado cómo debe conservarse una casa y cómo, para ello, se han de ordenar el régimen de bienes en el matrimonio, la vida y la sucesión en la casa labradora solariega, en la masía, en el caserío... Los usos y costumbres también se viven y, además, se enseñan oralmente, transnitiéndose de ese modo de generación en generación. Se conserva, a través de la tradición, el sentido de su finalidad, verbalmente explicada de padres a hijos. Y la ley escrita impone los límites, fija mojones, hace de pretil, que impide todo desvío del Derecho necesario; y establece las “determinaciones” que el mismo orden de las cosas exige (edades, plazos, cuantías, distancias). La jurisprudencia y la doctrina enseñan a razonar y relacionar unas percepciones con otras, unas fuentes con las demás, lo universal o general con lo concreto, y viceversa.

Pero veamos más detenidamente cómo se ha desarrollado, con ese tejido de percepciones, esa conjugación de fuentes.

5. La tactilidad del orden de la naturaleza se hace patente como fuente del Derecho foral. En lo singular y en lo concreto, tanto como en su generalidad e incluso en lo universal, la Naturaleza es fuente respectivamente de usos y costumbres y de principios, en todos los territorios de Derecho foral.

El sentido realista de todo Derecho elaborado sobre el terreno y prácticamente vivido ha sido observado en el Derecho romano en su época creadora. Asiento de un pueblo labrador —como nota Alfredo Di Pietro (27)—, Roma fue fundada por Rómulo, “agricultor, jefe de agricultores”, que “con un arado, es decir, con un instrumento típicamente apto para desarrollar la tarea agrícola”, depositó en el vientre

(26) LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956, cap. III, pp. 128 y ss.

(27) ALFREDO DI PIETRO, *Iustissima Tellus*, en *Iustitia*, I, 3, Buenos Aires, 1966, pp. 54 y s.

de la tierra reliquias de sus "manes". Tampoco ha podido faltar en los Derechos forales, que fundamentalmente son Derechos centrados sobre el estatuto agrario. Esta característica la expresaron, en sendas comunicaciones a Congresos internacionales, Ballarín (28) y Lacruz Berdejo (29). La había destacado Palá Mediano (30), respecto al Derecho de Aragón —que "es un ordenamiento para labradores"—, Flórez de Quiñones (31)— para quien la "esencia del Derecho foral es la de ser un Derecho rural puro, como se demuestra en los heredamientos, en los petrucios, en las mejoras largas y en el usufructo universal del cónyuge viudo", "provee a la unión del propietario a la tierra productiva", a "la aspiración a la permanencia familiar en ella", es el *ager paternus avitusque* de Lino, el *patermus avitusque fundus* de Quintiliano, el *parvum herediolum proavus, quoe avus, quod pater incoluit* de Ausonio —y Jordano Barea (32). Y así lo ha proclamado el legislador español, en el preámbulo de la Ley de 30 de julio de 1959, al decir —con una afirmación que creemos extensiva a las demás regiones forales— que "el Derecho foral vizcaíno es un verdadero estatuto agrario".

La "tellus", la tierra, enseña al hombre el amor a lo concreto, la necesidad de una "contemplación profunda de las cosas". Cuanto mayor sea el conocimiento de la *res rusticae* —dice Di Pietro (33)—, mayor será la posibilidad de una buena cosecha. Para ello el dueño del campo ha de saber distinguir el diverso comportamiento que corresponde adoptar frente a cada una de las diversas clases de plantas y de cereales, al mismo tiempo que su ojo avizor debe averiguar el futuro de las nubes grises que prometen las lluvias, y su oído debe atender los chillidos de los pájaros, portadores de tantas noticias importantes para el fruto deseado. Nada puede ser echado en el olvido, de nada se puede descuidar, todo interesa".

El amor a lo concreto se extendió del cultivo de la tierra al conocimiento científico y así se entendió que toda teoría, según recuerda su acepción griega, ha de ser siempre "una contemplación profunda de las cosas" y que "nada tiene que ver con ese conocimiento abstracto y libresco de las definiciones huera, de los cuadros sinópticos,

(28) ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, *La formación y fines de un Derecho agrario de la empresa*, en *Atti del primo Convegno internazionale de Diritto Agrario*, II, Milán, 1954, pp. 94 y s.

(29) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, *El ejemplo de los Derechos forales españoles para un Derecho sucesorio rural*, en *Atti della seconda assemblea internazionale de Diritto Agrario*, Florencia, octubre de 1962. Vol. III, p. 576, Milán, 1964.

(30) FRANCISCO PALÁ MEDIANO, *Concepto del Derecho civil de Aragón*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. I, Barcelona, 1950, p. 192.

(31) VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, *Ley Hipotecaria y vida rural*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XIV, pp. 162 y ss.

(32) JUAN BAUTISTA JORDANO BAREA, *Derecho civil y Derecho Agrario*, en *Rev. de Der. Privado*, XLVIII, setiembre 1964, p. 722, nota 5.

(33) DI PIETRO, loc. cit., pp. 57 y ss.

de las llaves clasificadoras, de los principios vacíos, producto tódos ellos de la esterilidad de los gabinetes apartados de la realidad”.

Esta experiencia, sigue explicando el mismo profesor, se proyecta en la política, que se plantea, como ejercicio de la realidad, que enseña a gobernar “contemplando y protegiendo su esencia”, y en el Derecho, al que lleva la convicción de que la justicia debe estar “siempre ligada a lo concreto al ser de las cosas” y de que ha de rechazarse “la sumisión empedernida a las reglas fijas, a los principios abstractos, a las soluciones fijadas de antemano que se aparten de la verdad concreta”. Lección que recoge el Pretor para proteger la realidad justa frente a los trámites del entuerto como el labrador protege la tierra frente a las inclemencias de los agentes atmosféricos. Y lección que proclama Costa (34), cuando reconoce que en el Alto Aragón, en éste “la Naturaleza existe por la sola virtud del Derecho: sin esas costumbres, que tan odiosas os parecen no habría allí naturaleza productiva”.

“El paisaje como fuente del Derecho”, es el título de una brillante conferencia de Altube (35) que éste refirió al Derecho de Vizcaya. “Leyes de la tierra las llamaban tanto en catalán como en latín —dijo Torras y Bages (36) de las emanadas de los juristas catalanes—, porque lo son, como son de la tierra las montañas y los ríos y las costas; producto e imagen de su sustancia, nacidas de la misma entraña de la sociedad, no del cerebro de un príncipe o de una cámara legislativa”. “El fundamento del Derecho consuetudinario catalán es —según Faus y Condomines (37)— granítico, como obra que es la naturaleza y de la Historia, los dos grandes factores de la realidad indestructible”. La legislación de Cataluña, proclamaba Ferrer y Subirana (38), “no anda errante y perdida”, “por la región de las teorías y los delirios humanos; no, tiene su trono, y un trono de diamantes, acá en esta tierra en que vivimos; por esto no flota a merced de los vientos; por eso no perece con las circunstancias; por eso no se la lleva el torrente de las revoluciones; por esto su dominio es duradero o inmortal”. “Legisladores engreídos —gritaba Costa (39)— que pretendéis go-

---

(34) COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, cap. V. *Fuentes del Derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias* (Madrid, 1883), pp. 140 y ss.

(35) GREGORIO DE ALTUBE E IZAGA, *El paisaje como fuente del Derecho*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de abril de 1949.

(36) JOSEP TORRAS I BAGES, *La Tradició Catalana* (Barcelona, 1882), lib. II, cap. VII, cfr. 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1966, pp. 140 y ss.

(37) JOSEP FAUS I CONDOMINES, *Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)*, en *Revista Jurídica de Catalunya*. XII, 1907, p. 203.

(38) JOSÉ FERRER Y SUBIRANA, *La civilización*, artículo sobre el Derecho civil considerado en su importancia y en sus relaciones con el orden social, citado por DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en *Escritos*, 1.<sup>a</sup> serie: *Estudios Jurídicos*, Barcelona, 1888, p. 373.

(39) JOAQUÍN COSTA, *La libertad...*, cap. V, p. 142.

bernar los pueblos con ideas, y encerrar el mundo infinito de la vida en los moldes angostos de vuestros libros; con cuatro razones banales que os ha inspirado un sentimiento enfermizo, disfrazado con traje de humanidad y filantropía, ¿creéis saber lo que conviene a nuestros hijos mejor que nosotros...?”, “utopistas..., las leyes que nosotros escribimos en el mundo del lenguaje de los hechos, son más firmes y más incontrastables, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza”.

6. Hemos dicho antes que el orden de la naturaleza también es fuente del Derecho foral, en lo que tiene de general en su comarca o en su región e incluso en lo que tiene de universal.

El contacto con la *tellus*, con la naturaleza en general, desarrolla este rústico buen sentido que —según Marcel de Corte (40)— consiste “en sentir, palpar, ver y de ahí alcanzar a comprender que existe un orden de la naturaleza al que nadie puede sustraerse sin daño”. Como ha dicho el que fue presidente de la Cámara Agraria de Tarragona, J. Gil Moreno de Mora (41), saben por esa experiencia los campesinos que la ley natural “existía antes de toda memoria de viejo” y “que nos sobrevivirá”, “que es independiente de nuestra voluntad, que no la dicta hombre alguno y que con mucho trabajo podemos estudiarla para conocer algunos de sus secretos”, que “frente a ella la libertad se obtiene obedeciéndola”, que tiene el poder “de contener en sí misma el castigo de la transgresión”, que sin necesidad de “policías y terceros”, “como toda ley divina, actúa pronto contra la transgresión”. Y así, como precisa Di Pietro (42), la *tellus* nos enseña que “*toda experiencia con lo concreto nos trasciende indefectiblemente al plano de lo divino*”, que aplicado a lo jurídico nos enseña que *Iurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia* y que del Derecho, por tanto, no puede disponerse arbitrariamente, sino que debe leerse allí donde el Creador lo ha escrito y debe responderse ante su Autor del modo como se haya administrado la Justicia.

Los autores de Derecho foral aprendieron así que el orden del Derecho no depende sustancialmente del legislador humano.

Torras y Bages (43) lo plantea al calificar que “Cesarismo y liberalismo son lo mismo en su esencia: el hombre señor de la sociedad y no la Divina Providencia” y señala que en el Estado liberal “se construye comenzando por la cima, es decir, de una manera antinatural”, “sus constituciones se hacen en Consejo de Ministros o en una Junta Central”, en lugar de comenzar “por la base”, “por los

(40) MARCEL DE CORTE, *Sens commun, methaphisique et theologie*, en *Itinéraires*, n. 86, setiembre-octubre 1964, p. 4.

(41) JOSÉ MARÍA GIL MORENO DE MORA, *El orden natural y la vida campesina*, en *Actes du Congrès de Lausanne III* (Paris, 1967), p. 25 y en *Verbo*, n. 55, pp. 314 y ss.

(42) DI PIETRO. loc. cit., pp. 63 y ss.

(43) TORRAS I BAGES, op. cit., lib. I, cap. XVI, pp. 94 y ss.

fundamentos”, mientras los núcleos de organización propiamente nacional, “se forman, no por una resolución de los ciudadanos, sino en virtud de la fuerza natural de las cosas”.

El mismo Joaquín Costa (44) en un texto en el cual en su expresión verbal parecen interferirse convicciones realistas con conceptos idealistas, pero siempre opuesto a todo subjetivismo, proclamó que: “El Derecho tiene su fundamento en Dios, según nos lo anticipa un piadoso presentimiento; por Dios ha sido y es declarado en perpetua revelación al hombre, en su razón, y sólo cuando se ha desoído esa voz interior y se ha suplantado por individuales interpretaciones de otras creídas revelaciones, escritas o tradicionales, es cuando se ha caído en errores profundos, de los cuales no se ha despertado la humanidad sino con el fragor de las revoluciones.”

El realismo de Costa queda fuera de duda, pese a la alusión a “esa voz interior”, pues el mismo lo proclama: “será nuestro criterio realista”, “fundando en el ser el conocer, no viceversa idealista”. Para él, *idea* “es la conciencia misma recibiendo lo total de los objetos cognoscibles”, y *sentido* “es la conciencia misma conociendo lo individual y concreto de ellos”. Su plena y equilibrada percepción se hace más patente cuando añade: “el hombre conoce siempre en su conciencia una e indivisa, y por tanto aplica siempre los dos géneros de datos, ideal y experimental, no los toma jamás separados...” (45).

Ese realismo enseñó a Costa que hay un ámbito del Derecho, en que éste, por su naturaleza, es absolutamente necesario; otro que sólo lo es atendidas las condiciones del medio físico y social concreto, y otro que queda a la libre disposición, según su adecuado arbitrio, del jefe de familia o del individuo.

Aunque sólo estableció de modo expreso una clasificación bimembre entre Derecho necesario y voluntario, no es menos cierto que de otros textos del mismo autor puede deducirse, aunque no esté expresamente formulada, la distinción trimembre que vamos a indicar.

En el primer grupo hallamos (46) aquellas relaciones que conforme “la finalidad humana”: “abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en aquello que constituye su esencia, y sin lo cual dejaría irremediadamente de ser, y se encuentra, por tanto, en todo ser racional, independientemente de toda condición de espacio y de tiempo”, “se refieren a lo que es inherente a la persona en general (sea individuo, sea familia), desde que nace hasta que muere, cualquiera que sea su condición, su cultura, su edad; y es absoluto e inmutable, no cabe respecto a él libertad de elegir”.

Durán y Bas (47) también señala que ese ámbito de Derecho nece-

(44) JOAQUÍN COSTA, *La vida del Derecho (Ensayo sobre el Derecho consuetudinario)*, Introducción, cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1914, p. 27.

(45) COSTA, loc. últ. cit., pp. 28 y s.

(46) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil y...*, cap. VI, pp. 181 y ss.

(47) MANUEL DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica...*, loc. cit., pp. 368 y s.

sario es sustraído a la voluntad del legislador, con lo que rechaza el positivismo normativista. Así podemos leerle: "No se encuentra en la ley positiva el origen del orden doméstico; sus elementos, sus condiciones, lo fundamental, lo permanente de la institución nacen de la relación natural entre los seres que la forman y del fin providencial para que esta relación ha sido establecida. Y es por eso inadmisibile que pueda ser dependiente la organización de la familia, de la mera voluntad del legislador."

El segundo grupo, lo constituyen aquellas normas fundadas en las condiciones del medio natural concreto en las que el pueblo vive, en sus circunstancias históricas, a las que Costa alude reiteradamente. V. gr.: en el texto antes citado, en el que proclama que "las leyes que nosotros escribimos...", "son más firmes y más incontrastables que las vuestras, porque también son más verdaderas, porque están fundadas en la naturaleza"; o en aquel otro brillantísimo en el que advierte (48) "si vuestras ideas pudieran prevalecer"... "la otra mitad del suelo vegetal que queda en las montañas rodaría por ríos y torrentes, hasta invadir y superponerse a vuestros campos y vuestros huertos, destruyendo las cosechas, arancando los árboles de cuajo, desplomando las casas y los muros, convirtiendo a la postre en pedregal infértil la herencia de vuestros hijos, como un castigo y una venganza de la naturaleza creada en el transcurso de muchos siglos, al calor de patriarcales costumbres, y destruida un día por la nefasta virtud de vuestras leyes".

También observamos la distinción entre estos dos primeros grupos de la clasificación trimembre que mostramos en el texto de Durán y Bas (49), cuando este autor a seguido de las frases que últimamente le hemos transcrito, en las que excluye la organización de la familia de la mera voluntad del legislador, añade que: "El espíritu de cada pueblo, conservando sus caracteres esenciales, le da estructura especial en lo que es meramente externo." Y especialmente, cuando glosa unos párrafos de Reynals (50) sobre la propiedad; Reynals —escribe— "ha dicho: «La propiedad individual del ser natural, hombre, es ante todo un derecho; un derecho del individuo tal cual es, tal cual le ha formado la naturaleza con sus sentimientos y su carácter; interpretan, traducen, sublimanlo sólo las leyes». Pero debe organizarse la propiedad, añade, no sólo según sus necesidades propias, según las condiciones del suelo, los hábitos de la población, el espíritu de la organización del Estado, los principios de la organización social, las tradiciones históricas del país..."

Y el tercer grupo, o de Derecho voluntario, según Costa (51), in-

---

(48) COSTA, *Fuentes del Derecho para el Código. Las instituciones consuetudinarias*, en *La libertad civil y...*, cap. V, pp. 144 y s.

(49) DURÁN Y BAS, loc. últ. cit.

(50) REYNALS; *Diferencias de la propiedad colectiva y la individual*, opúsculo publicado en 1867, según la cita de DURÁN Y BAS.

(51) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil y...*, cap. VI, pp. 182 y s.

cluye las relaciones que “abrazan la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, en aquello que la constituye en ser individual y propio y que distingue a cada uno de los demás y le erige en centro de vida independiente, con dirección propia y responsabilidad”, de modo que el Derecho que nace de esas relaciones: “es relativo, flexible, individual, consiente elección de medios y variedad de acción: únicamente la personalidad a quien directamente interesa ha de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más convenga en cada caso; debe ser derecho libre voluntario, y el Estado superior debe abandonarlo a la libre iniciativa de las personas privadas, que en él han de expresar su original individualidad”.

Pero el funcionamiento de este tercer grupo de relaciones jurídicas merece que nos detengamos algo más en su examen.

7. Requiere especial atención este ámbito que debe dejarse a la libre iniciativa de las personas privadas, conforme esa concepción general en el Derecho tradicional de todas las regiones forales, porque no depende de la ley positiva, sino que ésta debe respetarlo porque queda fuera de su competencia, en un campo en el cual el orden natural de las cosas atribuye la iniciativa sea a la persona individual, a la familia o a las corporaciones y asociaciones de Derecho privado.

Es la esfera de la llamada *libertad civil* (52), de la que dice Costa (53), con referencia a su versión aragonesa, o principio *standum est chartae*, que es “el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de sus relaciones privadas”; y que reconoce “el Estado en virtud de este principio, al individuo y a la sociedad, la facultad de darse a sí propios ley en la esfera de las relaciones privadas”.

La Compilación aragonesa, recoge este principio, aunque en su coletilla final aparece herido por una cuña positivista, en tanto lo somete a la “norma imperativa” sin requerir, o por lo menos sin decirlo expresamente, que ésta sea conforme al Derecho natural. Dice así, en su epígrafe “*Standum est chartae*” del Título preliminar:

“Artículo tres.—Conforme al principio “*standum est chartae*”, se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón”.

(52) Cfr. nuestros trabajos: *La libertad civil*. Ponencia en la VI Reunión de amigos de la Ciudad Católica, publicada en *Verbo*, 63, pp. 186 y ss. y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, Madrid, Speiro 1968, pp. 186 y ss.; *La libertad civil según los juristas de las regiones forales*, Discurso inaugural del Curso 1967-1968 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; *La libertad civil según los juristas de Derecho foral*, conferencia de la Universidad de La Laguna, publicado en los Anales de dicha Universidad; y *La libertad civil i l'estructura federalista*, en *AUSA*, 58-59, 1968, pp. 1 y ss.

(53) COSTA, *Forma que debe revestir el Código, derivado del principio foral "Standum est chartae"*. *Libertad civil. Hermenéutica legal*, en *La libertad civil y...*, cit., cap. IV, § 2.º, pp. 102 y ss.

La llamada al Derecho natural —de la que luego nos ocuparemos— aunque a algunos juristas actuales les parezca difusa e imprecisa, no lo es si se interpreta de acuerdo con los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico —como dice el § 1.º del art. 1 de la Compilación— es decir, ciñéndola al Derecho natural clásico, no al de la Escuela moderna idealista y racionalista, sino al inducido de modo realista del orden de la naturaleza.

Ese orden juega doblemente en ese ámbito de la libertad civil. Primero, señalándolo y exigiendo su autonomía. Segundo, marcando los límites y la pauta dentro y conforme a la cual debe actuar esa libertad.

Notemos que el primer aspecto ha sido destacado hace pocos años por el profesor de la Universidad de Zurich, Emil Brunner (54), cuando habla de “la construcción justa de las ordenaciones e instituciones, a saber, la construcción desde abajo hacia arriba. Esto es el orden de la Creación. Todas las ordenaciones se dan por razón de los seres humanos”. Esto determina la prioridad de éstos, aunque “este individualismo experimenta enseguida una limitación”, pues “el individuo está abocado a la comunidad”, y: “La única comunidad sin la cual no se puede pensar en absoluto en la vida humana es la familia. Por esto la familia es la comunidad originaria, y sus derechos tienen una prioridad incalculable, sobre los derechos de todas las demás comunidades naturales incluso sobre las del Estado. La familia es la raíz y el arquetipo original de la sociedad. De acuerdo con el orden de la creación, la familia tiene el derecho más originario y primario...”

“Pero la familia no es la única comunidad que precede al Estado en cuanto a derechos. Entre la familia y el Estado existen, por obra de la Creación, una serie de miembros intermedios que tienen todos fundamentalmente precedencia sobre el Estado, a saber, todas aquellas formas de comunidad que son necesariamente partes integrantes de la vida humana...”

“Por esa misma razón también las formas de justicia de estas formas de comunidad son pre-estatales. Se constituyen en costumbres y usos, en convenios y en contratos...”

Este mismo fue el modo de entender el ámbito de la libertad civil por los juristas de las regiones forales.

Prat de la Riba (55) había explicado que si “está en la naturaleza de la sociedad la agrupación en los elementos más afines en diversidad de círculos —por aquel principio axiomático de que cada cosa ama a su semejante— formando dentro de la sociedad algo parecido a los órganos del cuerpo humano o las capas en las formaciones geoló-

---

(54) EMIL BRUNNER, *La Justicia*, traducción castellana de Luis Recaséns Siches, México, 1961, cap. XVI, pp. 167 a 175.

(55) ENRIQUE PRAT DE LA RIBA, *El sufragio universal inorgánico y el sufragio universal corporativo*, en *Miscelánea*, de la *Revista Jurídica de Cataluña*, t. I, año 1895, pp. 372 y s.

gicas, la ley primera y fundamental de todas las leyes a la sociedad relativas, ha de ser el respeto de la espontánea estructura, es decir, la perfecta adaptación del orden jurídico al orden natural de la sociedad”.

Esa razón late en la defensa de la libertad civil, reclamada en todas las regiones forales. Oigamos, escogidos al azar, a un representante de cada región.

En Cataluña, a Falguera (56) que dice: “el pueblo en el que el jefe de familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo, por más que se deslumbrase con otras libertades de oropel. La mayor de las libertades es la que nos permite arreglar nuestro patrimonio conforme nuestro albedrío y no nos obliga a amoldarlo a la ciega voluntad del Estado, que no puede saber lo que nos conviene. ¿De qué nos sirven sin ésta todas las demás libertades? ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?”

En Aragón, a Costa (57) que refiriéndose a los partidarios del doctrinarismo francés, nota que: “Piensan que el pueblo es ya rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral: no lo creáis; mientras no se reconozca además al individuo y a la familia la libertad civil, y al conjunto de individuos y de familias el derecho complementario de esa libertad, el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho de darse periódicamente un amo que le dicte ley, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos.”

En Navarra, el resumen que nos hace López Jacoiste (58): “Palpita así una urgencia social a que todo el Derecho privado sea un Derecho de libertad civil. No es que el Derecho privado de Navarra permita la libertad, sino que —repito— postula, estimula e insta a la persona, al sujeto del derecho, para que la ejercite, para que la ponga a contribución en la esfera de su personalidad, en su ámbito personal, familiar y patrimonial, en los actos jurídicos que otorgue, en el contenido y en la formulación de su voluntad negocial.”

En Vizcaya, al P. Chalbaud (59), que refiriéndose a su primordial aplicación, la propiedad familiar, insiste en que si se impide su ejercicio se priva de “apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis quitado

---

(56) FÉLIX M. DE FALGUERA, *Idea general del Derecho catalán. Su espíritu y principios que lo informan*, en *Conferencias de Derecho catalán*, Barcelona, 1883, pp. 13 y s.

(57) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., p. 177.

(58) JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, *Los principios generales de la codificación foral de Navarra*, III, 1, *La libertad civil*, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XLII, mayo-junio 1966, pp. 621 y ss.

(59) LUIS CHALBAUD y ERRAZQUIN, S. I., *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca*, Bilbao, 1919, pp. 12 y s.

el nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable; con esto brota la familia inestable y tras ella, necesaria, fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen mientras no se desvíe la curva de su acción con el flujo de nuevos elementos"... "viene la absorción del Estado"... "y el anulamiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse en la tierra".

De ahí la descripción que de la libertad civil esbozó Durán y Bas (60) como la libertad de moverse "dentro de la esfera del Derecho privado": "La libertad testamentaria como padre de familia; la libertad de contratar, como poseedores todos de igual capacidad jurídica; la propiedad territorial, plena o semiplena, como condición de poder y de independencia".

O su traducción, desde el punto de vista navarro, que hace López Jacoiste (61): "Libertad en el Derecho de obligaciones, con una amplia autonomía de la voluntad lo mismo en la sucesión hereditaria, y en la organización del régimen matrimonial de bienes". En síntesis: "la libertad de la casa, la del seno de la familia, proyectada sobre los diversos aspectos de la vida".

De ahí, la afirmación de los redactores del Fuero de Vizcaya de 1562: "las cartas contra la libertad sean obedecidas y no cumplidas" (62), el principio navarro "paramento fuero vence" (63), el adagio aragonés "cartas rompen fueros" (64) y palabras de Pedro el Ceremonioso en las Cortes de Monzón de 1382 dirigidas a los catalanes de "que sots los pus frans pobles del mon" (65).

La libertad de pacto debe tener como contrapartida un religioso respeto a la palabra dada, semejante al que en la Roma quiritaria merecía el *verbum iuris* —según nos explica Di Pietro (66), al referirse al segundo nivel de éste—; es decir, a las posibilidades dinámicas de la palabra basadas en su respeto que, hoy día, al "vacilar la fe en la divinidad" coetáneamente a que "se obscurece el *numen* men-

(60) DURÁN Y BAS, *La codificación*, Prólogo de la traducción española de la obra de SAVIGNY *Sistema del Derecho romano actual* y en *Escritos del Excmo. Sr. D. Manuel Durán y Bas*, vol. I, *Estudios jurídicos*, pp. 338 y s.

(61) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., pp. 624 y ss.

(62) Cfr. DARÍO de AREITIO Y MENDIOLEA, *Introducción* a la edición del *Fuero de Vizcaya* publicada por la Excm. Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1951, pp. 9 y ss.

(63) Cfr. LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., p. 622.

(64) Por eso COSTA (*Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., p. 191) al señalar el orden de prelación de fuentes coloca en primer lugar la *carta*, es decir, la voluntad de los particulares manifestada por el título escrito, contrato, testamento, etc.

(65) Cfr. ANTONI M. BORREL I SOLER, *Dret Civil Vigent a Catalunya*, 1.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1923, vol. I, § 2.º, p. 20, quien señala que esa libertad se funda en la confianza en los ciudadanos y de unos ciudadanos en otros, contraria al espíritu de desconfianza del que tantos ejemplos se hallan en el Código civil.

(66) DI PIETRO, *Verbo, Iuris*, cap. VI, 2, pp. 87 y ss.

cionado en el *nomen*", resulta que "las gentes tienen acerca del honor una idea tan acomodaticia a las circunstancias, que lo usan como un verdadero "ente de razón" según las circunstancias". Así, "mientras antes la palabra era vinculativa, hoy día —lamenta Di Pietro— no se respeta ni para con los demás, ni para consigo mismo, porque actualmente nos estamos acercando a constituir la como un verdadero neutro entre los hombres y entre éstos y las cosas".

8. El influjo del Derecho natural —en su significado que antes precisamos— al señalar los límites y marcar la pauta de la libertad civil, que recoge el art. 3 de la Compilación aragonesa, es el contrapeso que, de una parte, impide el liberalismo y todo libertinaje en el uso de aquélla, y, de otra, evita el totalitarismo estatal invasor de la esfera privada.

Es una consecuencia del impacto en nuestra conciencia de la tactilidad en la percepción de la naturaleza, que permite determinar lo que en ella es orden y lo que es desorden; de esa tactilidad —no nos cansamos de repetirlo— que es característica en la vida de todos los Derechos forales.

Notemos que la justicia derivada del respeto a la carta se funda en la distinción que fue expuesta por Santo Tomás de Aquino (67), al responder que una cosa puede ser justa de dos modos: "Uno quidem modo est ipsa natura rei...". "Alio modo aliquid est adequatum vel commensuratum alteri, ex conducto sive ex communi placito". Pero con la precisión, que el mismo doctor Angélico hace en la solución 2 del mismo artículo, de que solamente "voluntas humana ex communi conducto, potest aliquid facere iustum in his quae secundum se non habet aliquam repugnantiam ad naturalem iustitiam", pues "si aliquid de se repugnantiam habeat ad ius naturale, non potest voluntate humana fieri iustum".

Ahí tenemos precisamente lo que separa la libertad moral —a la que corresponde el concepto de libertad civil— de la libertad que propugna el liberalismo. La perspectiva de esta sitúa en una antítesis la autoridad y la libertad, es idealista y abstracta en su origen y se transforma en positivista cuando se admite que depende de la ley humana, como norma que determina su uso y su abuso. Aquélla se plantea en el ámbito del orden de la naturaleza, de modo que la debida libertad debe ser establecida de conformidad con éste en cada circunstancia. El liberalismo, aparece en esta concepción como la rebelión contra ese orden, en la que pueden incidir tanto la autoridad como los ciudadanos, tanto el Príncipe o Estado, como los súbditos.

El Obispo Torras i Bages (68) lo proclamaba así: "Cesarismo y liberalismo son lo mismo en su esencia: el hombre señor de la sociedad y no la Divina Providencia". Es el voluntarismo —sea de un

(67) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, Quaes. 57, art. 2, resp.; cfr. ed. B. A. C. Madrid, 1956, vol. VIII, pp. 234 y s.

(68) TORRAS I BAGES, op. cit., lib. I, cap. XVI, pp. 94 y ss.

tirano, de un parlamento o de los individuos— en lugar de la resolución fundada “en virtud de la fuerza natural de las cosas”.

La tactilidad con la que el concepto se forja, impide también que se base en una concepción abstracta de la libertad. Costa (69) lo percibió claramente, al señalar el fallo de la doctrina kantiana del Derecho: “El error de esta doctrina dimana de generalizar una verdad parcial, de contraer el Derecho a una de sus esencias particulares”: pues “*ni toda la materia del Derecho se reduce a sola libertad, sino que se extiende a toda la vida; ni deja de ser exigido el Derecho porque falle la libertad donde existen fines*”.

Y se hace más patente aún esa tactilidad en la exposición que López Jacoiste (70) nos hace desde su perspectiva navarra: La solidaridad, dice, “de la libertad civil y privada con la libertad pública evidencia, por otra parte, un sentido orgánico institucional. No se trata de exaltar el individualismo, ni de hacer el derecho subjetivo el quicio de todos los desenvolvimientos jurídicos como ha pretendido el liberalismo, sino que se orienta a vivificar todas las relaciones para la pervivencia libre del conjunto. Los derechos subjetivos adquieren así sentido funcional, valor instrumental respecto de un objetivo último claramente formulado, e inversión en el ámbito más amplio, de los puntos de vista e intereses generales”.

Esta concepción vuelve a hacerse actual, refrendada por uno de los más prestigiosos profesores de Filosofía del Derecho, Michel Villey (71), al hacer la crítica del intento moderno —fruto de la metodología cartesiana de la deducción desde una intuición idealista, con lógica puramente formal, o meramente matemática, y de la tecnología gutenberiana de la visión monolineal— de montar el Derecho como un entramado de derechos subjetivos. Observa Villey que “estos poderes de obrar, nociones del lenguaje vulgar sobre las que operan los juristas (como sobre tantas otras realidades de la vida, los hombres, las cosas físicas) son un dato anterior a la elaboración del derecho, y permanecen *extrajurídicos*”... “Los poderes son hechos de la naturaleza bruta (como Spinoza había observado perfectamente); no hay necesidad de los juristas para conferirles existencia”. La misión del jurista es otra; no es sino la de “definir las prelación, las proporciones: la parte de cada uno (*suum cuique*) sobre los bienes sociales comunes”.

La expresión formal de los cauces dentro de los cuales la libertad civil se mueve son trazados por los usos tradicionales, formados en ese contacto táctil con la realidad concreta y el orden de las cosas.

(69) COSTA, *La vida del Derecho*, cit., § 18, pp. 129 y ss.

(70) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., p. 622.

(71) MICHEL VILLEY, *Abrégé du Droit naturel classique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, n. 6, año 1961, pp. 67 y ss., y en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1962, pp. 159 y s.

Lo subrayábamos hace unos años en nuestra Ponencia General del I Coloquio Latino de Derecho Agrario celebrado en Zaragoza (72):

El *quid* del Derecho foral ha consistido en formar el sentido moral social preciso para usar adecuadamente de la libertad civil de conformidad a la finalidad familiar y económica de conservar la casa. Dice un dicho vasco: "Erriak bere lege, etxeak bere ardura". "Los pueblos por sus leyes, las casas a su modo", o, según sus usos, a su aire... al aire que les lleva por su ruta de pervivencia.

Sentido cuyo conocimiento y cultivo requiere una élite campesina que lo cuide... casas grandes que recuerden a las chicas los usos y las formas adecuadas, y exige Notarios, Jueces, Maestros, que se compenetren con este espíritu.

Ved así cómo ese liberalismo aparente se convierte, al mirarlo cara a cara, de cerca, en una libre sumisión a los usos tradicionales, a unas vinculaciones voluntariamente creadas en heredamientos, donaciones *propter nuptias*, sustituciones fideicomisarias, etc.

Los Derechos forales habían conseguido así tejer lo que hoy preconiza Gustave Thibon (73) como una restauración necesaria: "Después de tantos estériles excesos intelectuales y afectivos...", dice: "Hay que *encarnar* humildemente, pacientemente, la verdad humana; hay que darle un cuerpo y una realidad en la vida de cada uno y en la vida de todos..." "La tarea más urgente de la moral consiste, pues, ahora, en restaurar las costumbres. Es insuficiente predicar a las almas la salud moral si no se presta atención al ambiente que las hace enfermar."

Como prueba de esa adaptación de la libertad civil a unos usos tradicionales adecuados al orden natural y a su aplicación concreta al mediofísico y económico concreto, repetiremos unas citas (74).

Uno de los grandes impulsores de la codificación, García Goyena (75), reconoció que en Navarra: el abuso de la absoluta libertad "no conviene, ni puede conciliarse con el espíritu de los Fueros".

Costa (76) subraya que en el Derecho del Pirineo aragonés, en materia de sucesiones, lo primero que llama la atención "es la antítesis, la oposición radicalísima entre el texto liberal y sabor moderno de la ley, y el sello aristocrático, o más bien, primitivo y patriarcal

(72) Ponencia General del primer coloquio latino de Derecho agrario, *El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy*, cfr. en *Anuario de Derecho civil*, XVIII-I, enero-marzo 1965, p. 219.

(73) GUSTAVE THIBON, *La moral y las costumbres*, en *Diagnósticos de fisiología social*, cfr. versión castellana. Madrid, 1958, pp. 121 y ss.

(74) Cfr. más extensamente, en nuestro trabajo *La conservación del "fundus instructus" como explotación familiar*, tema básico de los *Derechos civiles forales y especiales españoles*, 6, en *Rivista de Diritto Agrario*, anno XIV, fasc. 1-2, gennaio-giugno 1966, pp. 24 y s. y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XVI, pp. 606 y s.

(75) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, vol. II, *Apéndice* núm. 7, p. 330.

(76) JOAQUÍN COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, Alto Aragón, cap. IV, cfr. 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1885, p. 81.

de la costumbre. La primera proclama la libertad casi absoluta en la testamentificación; la segunda, poco menos que mantiene en vigor el derecho de primogenitura. Es un rasgo que despierta en la memoria el recuerdo de la legislación inglesa". Así, prosigue Martín Ballesteros (77), "si el Fuero permite al jefe de familia aragonés transmitir su patrimonio sin trabas, la costumbre le impone la disposición a favor de un solo heredero, a fin de que la base física de las comunidades domésticas no se disgregue y perezca".

Igualmente, en el territorio alavés de Ayala, observa Uriarte (78) que: "A pesar de que los padres pueden disponer de sus bienes a favor de extraños, no lo hacen y transmiten la herencia a sus hijos sin necesidad de coacciones legales. Los donantes y testadores usan de la libertad de disponer de la manera que creen que conviene más a los intereses de sus familias"... Incluso detalla (79) que "el espíritu de tradición y la moralidad de los vecinos de Ayala hace que tal apartamiento [de todos los hijos "con algo, poco o mucho, como quisieren y por bien tuvieren" los padres, según el Fuero de Ayala] no ocurre más que en algún caso raro y excepcional, pues no se recuerda que en el transcurso de un siglo [escribía en 1912] haya acontecido más que dos veces: una en las proximidades de Respaldiza, donde un padre apartó a sus hijos para instituir a un extraño, quien ante la general indignación que en el país produjo la conducta del testador, renunció a favor de los hijos de éste la herencia, y otra vez en valle de Oquendo, donde un anciano cuyos hijos estaban en América gozando de buena posición económica, dejó su escaso caudal al convencino que le albergaba en su casa".

9. Si la *fente material* del Derecho foral fue siempre el orden natural, táctilmente inducido de lo concreto, del ser de las cosas, aunque con la sólida ayuda —como guía y pretil— de la fe religiosa, sus *fuentes formales orgánicas* muestran un notable equilibrio, fruto sin duda del influjo de aquella fuente material y del ya subrayado equilibrio de los medios de percepción sensorial.

La oralidad de las costumbres y usos estaba siempre influido por la tactilidad de su ejercicio; la percepción visual de la ley también por su vivencia, igualmente táctil, y, una y otra, por su racionalidad apreciada elevándose a la aprehensión del orden de la Creación. El juicio de la función judicial debía sopesar con plena percepción la ley escrita, las costumbres y usos, las cartas o escrituras, la opinión de los autores, leída o repetida oralmente, para proyectar todo al supuesto concreto que debía resolverse equitativamente.

---

(77) LUIS MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA, *La casa en Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, cap. I, n. 10, p. 330.

(78) LUIS MARÍA DE URIARTE Y LEBARIO, *Fuero de Ayala*, Madrid, 1912, cap. VII, pp. 177 y ss.

(79) URIARTE, op. cit., cap. IV, p. 134.

Pero veamos, cómo ese orden natural, general y concreto, fuente material, encarnaba orgánicamente en las fuentes formales.

Se verificaba en una realidad social que, según Torras y Bages (80), enlaza con la concepción tradicional cristiana que recogió el realismo político-jurídico de Aristóteles —“la tradición de Aristóteles, verdadero príncipe de la filosofía natural —dice—, es evidente en la doctrina canónica y es en ella el elemento científico que da en ella base al elemento experimental y contingente: es decir, a la costumbre, a las nuevas necesidades, a la diferente manera de ser según el país y la época, cosas tan amadas por la Iglesia que con ellas construye el edificio político”— y que fue reflejada en la definición de San Isidoro: *Lex est constitutio populi, secundum quam maiores, natu, simul cum plebibus aliquid sanxerunt*, y que la Iglesia incluye en sus Decretales.

Es la misma concepción reflejada en el texto que antes hemos señalado (81) de Santo Tomás de Aquino, representante del *sensus communis* característico de una percepción plena efectuada por transparencia desde el centro de percepción, según vimos reconocido por Panofski y Mc. Luhan. En su *respuesta* el Aquinate, al admitir que algo puede ser justo “*ex conducto sive ex communi placito*”, precisa que esto puede tener lugar de dos modos, uno el convenio privado y otro “*ex conducto publico: puta cum totus populus consentit quod aliquid habeatur quasi adaequatum et commensuratum alteri*; vel cum hoc ordinat princeps, qui curam populi habet et eius personam gerit. Et hoc dicitur *ius positivum*”. Y en su segunda *solución* aclara: “*Sed si aliquid de se repugnantiam habeat ad ius naturale, non potest voluntate humana fieri iustum: puta si statuatur quod liceat furari vel adulterium committere. Unde dicitur Is. 10, 1: «Vae que condunt leges iniquas»*”.

La sumisión de costumbres y leyes al orden natural lo expresaba también lucidamente Santo Tomás de Aquino, al decir:

“... quod lex scripta, sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre: quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniuste est, nec habet vim obligandi: ibi enim ius positivum locum habet ubi quantum ad ius naturale nihil «differt utrum sic vel aliter fiat»... “Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones”... “Et ideo secundum eas non est iudicandum” (82).

“... quod lex naturalis et divina procedit a voluntate divina”... “Unde non potest mutari per consuetudinem procedentem a voluntate hominis, sed solum per auctoritatem divinam mutari posset. Et inde est quod nulla consuetudo vim obtinere potest contra legem divinam

(80) TORRAS Y BAGES, op. cit., lib. I, cap. XX, n. II, pp. 115 y s.

(81) Cfr. supra nota 67.

(82) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, II-II, q. 60, art. 5, *solu.* 1, cfr. ed. y vol. cit., pp. 328 y s.

vel legem naturalem: dicit Isidorus, in 'Synonin': «Usus actoritati cedat: parvum usum lex et ratio vincat»” (83).

Esta doctrina de la falta de racionalidad de la ley y de la costumbre nos parece verla reflejada por Costa (84) cuando nos dice que: “Las reglas consuetudinarias que el *Estado común* expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa o en su nombre la judicial ha de revisarlas, y si no las encuentra conforme a los principios eternos del Derecho, debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas”. E inversamente que: “las reglas legales o de otro modo dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos a quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia, obedecerlas sin infringir o lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber de ellos cuando menos suspender el cumplimiento”.

Ni siquiera el influjo de la Escuela histórica alemana pudo romper ese equilibrio.

Ciertamente Joaquín Costa (85) coincide con ella cuando destaca el “valor real y sustantivo” de la costumbre, “en cuanto elemento espontáneo en la formación del Derecho”: “que alcanza el saber rutinario y experimental del pueblo, así como el valor de la tradición”, con el que se podrían “evitar los fracasos de los teóricos”. Pero, como ha observado López Calera (86), si “en incorporarse a esa exaltación de la costumbre estriba su contacto con la Escuela histórica del Derecho”, “se separa de la misma”, en cuanto Costa no niega “la existencia de un Derecho natural anterior al Derecho popular y exigente del mismo”.

Lo mismo puede decirse de la llamada Escuela jurídica catalana, que si bien volvió los ojos hacia Federico Carlos Savigny y a su Escuela histórica del Derecho, no tuvo asomos siquiera de caer en el positivismo de su representante filósofo Schelling, ni de muchos de los continuadores jurídicos de aquél pues, como dijo Durán y Bas (87), el movimiento jurídico científico catalán —que iniciaron, según nos dice, Sampons y Barba, Ferrer y Subirana, Reynals y Rabassa, Permanyer y Tuyet...— “viene a ayudar al de aquellas escuelas filosóficas y jurídicas que hacen descansar al Derecho sobre la base de la Ética, que hacen desenvolverlo dentro de las condiciones históricas de los pueblos, y que hacen aplicarlo en conformidad con las realidades de la vida”.

(83) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, I-II, q. 97, art. 3, *solu.* 1, cfr. ed. cit., vol. VI, pp. 198 y s.

(84) COSTA, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, 1880, § 31, pp. 239 y s.

(85) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil y...*, cap. VI, p. 202.

(86) NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Joaquín Costa, filósofo del Derecho*, Zaragoza, 1963, cap. VIII, 3.ª, p. 206.

(87) DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, loc. y vol. cit., p. 373.

Y, a principios de este siglo, quien más tarde fue Cardenal primado, cuando aún era el Presbítero Enrique Pla y Deniel (88), publicó un sólido y largo trabajo en el que distinguió claramente, de una parte, cuán digno de loa es que los pueblos recuerden sus tradiciones y respeten sus costumbres, y, de otra parte, el peligro del principio, que debe ser rechazado, por el que la Escuela histórica "ha concedido demasiada independencia a la costumbre respecto de la autoridad social erigida por la misma naturaleza y ha quitado la base sólida a todo derecho, aun el consuetudinario y tradicional, negando el Derecho natural o prescindiendo de él".

Hoy la Compilación aragonesa, en su artículo 2, § 1, dice que: "*La costumbre tendrá fuerza de obligar en Aragón cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas aplicables en Aragón.*" Notemos que la coletilla de esta norma hubiese sido innecesaria en puro Derecho de Aragón, puesto que las leyes imperativas debían ser trasunto escrito de las prohibiciones y disposiciones impuestas por el Derecho natural, ya que de lo contrario no serían imperativas ni prohibitivas.

10. Acabamos de ver cómo leyes positivas y costumbres deben ordenarse a la ley natural y cómo unas y otra deben corregirse recíprocamente en cuanto falte aquella adecuación. Pero queda por ver cómo fuera de este ámbito necesario se coordinaron en nuestros regímenes forales.

En uno y otro ámbito prevalecía el criterio que expone Santo Tomás de Aquino (89) en sus soluciones.

Primero la examina en los supuestos en que la ley no resulta adecuada a los hechos o no está en armonía con las tradiciones patrias, y resuelve:

*Quod...*, "leges humanae in aliquibus casibus deficiunt: unde possibile est quandoque praeter legem agere, in casu scilicet in quo deficit lex, et tamen actus non erit malus. Et cum tales casus multiplicentur, propter aliquam mutationem hominum, tunc manifestatur per consuetudinem quod lex ulterius utilis non est: sicut etiam manifestaretur si lex contraria verbo promulgaretur. Si autem ad huc maneat ratio eadem propter quam prima lex utilis erat, non consuetudo legem, sed lex consuetudinem vincit: nisi forte propter hoc solum inutilis lex videatur, quia non est «possibilis secundum consuetudinem patriae», quae erat una de conditionibus legis (q. 95, a 3). Difficile enim est consuetudinem multitudinis removere".

Luego, distingue los casos en que el sujeto de la costumbre es

---

(88) ENRIQUE PLA Y DENIEL, *Crítica de la escuela histórica, según los principios de Santo Tomás sobre la mutabilidad de las leyes*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. VI, 1900, pp. 279 y s.

(89) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa...*, I-II, q. 97, art. 3, solu. 2 y 3, cfr. ed. cit., vol. VI, pp. 198 *in fine* y s.

una multitud libre y capaz y los casos en que no es libre ni capaz; para resolver que, en aquéllos:

...quod... "Si enim sit libera multitudo, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum, quem consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis."

En cambio, para las multitudes no libres o no capaces sólo por tolerancia de la potestad superior podía valer la derogación de las leyes por las costumbres.

Los pueblos de las regiones forales se hallaban en el primer caso. Recordemos la frase del Fuero de Vizcaya de 1562, "las cartas contra la libertad sean obedecidas y no cumplidas"; la divisa de los infanzones de Obanos "*Pro libertate patria gens libera etate*"; y la consideración del Fuero general de Navarra, según nos dice López Jacoiste (90), "como Estatuto de la libertad del Reino", formado por municipios libres y por conjuntos de familias de ciudadanos libres, vinculados a mantener la libertad colectiva, pues los Fueros municipales eran a su vez "estatutos de la libertad del municipio respectivo"; el principio aragonés "*standum est consuetudine*" —complemento del "*stadum est chartae*"— que consistía, nos dice Costa (91) en "la facultad que compete a las localidades y a las circunscripciones de crear, con uso y provecho constantes, costumbres jurídicas con valor de preferencia sobre la reglamentación general del Código"; y en que, ya en el siglo XI, el *Usatje* de Cataluña "*Una quaeque gens*" expresaba, según su traducción más tardía al catalán, que "*Cascuna gent assi meteix eleix sa propia costuma per lig, car longa costuma per liger ahuda*" (92) y el cap. XXXIII de las "*Commemoracions de Pere Albert*", consigna que la costumbre es: "...us cotedia de Catalunya, qui es semblant a lig, e par ço es ajudat de les ligs defès, car le convinences lá en ús deuen esser servades per Dret".

No es, pues, de extrañar que en las regiones llamadas forales, cuando la costumbre era racional, tuviera prioridad en la aplicación práctica y jurídica sobre la ley. De acuerdo incluso con la definición antes referida, que San Isidoro da de la ley, que resulta más adecuada al concepto de la costumbre que al moderno concepto de la ley.

De esa prioridad de la costumbre racional dimanaban la admisión de la costumbre contra ley y el juramento que se exigía a los monarcas al posesionarse de su reino de respetar sus usos y costumbres. Un repaso a los textos legales de las regiones hoy llamadas de Derecho especial o foral confirma este aserto.

En Aragón, en el Fuero único *De iis quae Dominus Rex* (Lib. I,

(90) LÓPEZ JACOISTE, loc. cit., p. 622.

(91) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., pp. 164 y s.

(92) Cfr. la argumentación de JOAQUÍN DE CAMPS I ARBOIX, *Modernitat del Dret català*, Barcelona, 1953, cap. I, pp. 43 y ss., sosteniendo "*Catalunya es un poble de llibertat*".

núm. 29), el rey Pedro en Zaragoza el año 1348: “para que los Fueros Privilegios, libertades, usos y costumbres del Reino de Aragón sean observados inviolablemente”, estableció y ordenó “para siempre que nos y nuestros sucesores estemos obligados y estén con buena fe real a prometer y jurar en la forma que nos juramos al presente”, “que nosotros en nuestra propia persona guardaremos, observaremos y mandaremos que sean custodiados y observados por nuestros oficiales y por cualquiera otros, y que haremos observar y guardar inviolablemente”: “Fueros, Privilegios, libertades, usos y costumbres del dicho Reino de Aragón y sus lugares”, y “que nuestros sucesores queden obligados a prestar igual juramento antes de que juren y sean coronados”, y también que el Gobernador de Aragón, el Regente, el Justicia de Aragón y todos los demás jueces y oficiales de dicho Reino y sus Lugartenientes hicieran semejante juramento. Con lo cual ratificó el Privilegio dado en las Cortes de Zaragoza de 1283 por su abuelo.

Por eso, como hace notar Palá Mediano (93): “En Aragón no cabe hablar como en otros ordenamientos jurídicos de la costumbre como Derecho supletorio; su valor es superior al fuero, de modo que éste, en cierto modo, será el supletorio de la costumbre.”

En *Navarra*, ya en 1253, el rey Teobaldo II formuló que: “Juramos que tengamos cascuos en lures fueros, e en lures franquezas, et en todos lures dereyτος e buenas costumbres entegrament...” Luego en 1417, Carlos III, el Noble en la LXIII de sus Ordenanzas, mandó que: “Toda vez como nos en la jura de nuestro coronamiento hayamos jurado fueros, usos y costumbres de nuestro reino sean observados según lo havemos jurado, y sean preferidos a todo derecho canónico y cevil.” Así, en tanto que no había ley contra los usos y costumbres buenos, en cambio la costumbre contra ley ha tenido en Navarra una importancia fundamental, como lo demuestra el hecho de haber sido introducidas por costumbres contra ley instituciones de tanto predicamento en ese Reino como el retracto gracioso en beneficio de los deudores desposeídos de sus bienes, la libertad de testar, la elevación a los veinticinco años de la mayoría de edad, la dote obligatoria de las hijas (94). Tanto que, como dice Lacarra (95), “a la costumbre se deben las instituciones más importantes del Derecho civil navarro”.

En *Cataluña*, además del precepto fundamental contenido en el usatje “*Una quaeque gens*” que sitúa la costumbre como norma fundamental para regir a toda comunidad, la primacía de la libertad civil

(93) PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 200.

(94) Cfr. VICTORIANO LACARRA, y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro* art. 5, cfr: 1.<sup>a</sup> ed. Pamplona, 1917, t. I, pp. 42 y ss., y FRANCISCO SALINAS QUIJANA, *Las fuentes del Derecho civil navarro*, Tudela de Navarra, 1946, cap. VIII, pp. 87 y ss.

(95) LACARRA, loc. cit., p. 44.

del pueblo, como explica Maspons Anglassel (96), fue ya defendida un siglo después ante la primera recepción del Derecho romano iniciada en Bolonia por Ignerio, por temor de que el Derecho consuetudinario fuera ahogado por las leyes escritas: "Jaime I promulgó una pragmática prohibiendo que los jueces y los abogados se atrevieran a invocar las leyes romanas en todo aquello que fuese regulable por las costumbres o los *Usatjes*; y veinte años más tarde, en 1251, las Cortes catalanas reunidas en Barcelona estatuyeron que «lleis romanes, gotiques, drets i decretals, en causes seculars ne sien rebudes, admeses, judicades ne allegades». La alarma contra el predominio de las leyes escritas fue tan grave, que para cerrarles la puerta, se quiso impedir la entrada a toda regulación que no fuese estrictamente y directamente hija de la costumbre".

En el tít. XVII del lib. I, vol. I de las Constituciones de Cataluña hallamos las leyes X, XIII y XVII que contienen sendas disposiciones de Fernando el Católico, en las Cortes de Barcelona de 1481 y en las de 1493 la misma Ciudad Condal, y de Felipe II, en las de Monzón de 1585, que declaran la inderogabilidad no sólo de las Constituciones, Usatjes, Capítulos de Corte y privilegios, sino también de usos, prácticas y costumbres, a los que aseguraron inviolabilidad y perpetua observancia. Y es de destacar, como lo hace Almeda (97), que las propias Constituciones 10 y 13, citadas, solamente prohíben la costumbre contra ley o derecho, "si tal costumbre se hubiese establecido por el Monarca y sus oficiales. De lo cual se desprende que la costumbre contra ley o derecho que sea obra del pueblo produce el efecto de derogar la ley total o parcialmente, según sea total o parcial la oposición de la costumbre a la ley".

En *Vizcaya* es sabido que originariamente todo su Derecho fue consuetudinario y que el origen del llamado Fuero de Vizcaya, fue el sentimiento de los vizcainos de la necesidad de reunir en un cuerpo legal los usos y costumbres que venían observando, manifestado en la Junta general celebrada en Idoibalzaga el año 1452, pues "por no estar escritos recibían muchos daños y recrecían muchas cuestiones". Y que no sólo los nuevos privilegios concedidos al Señorío sino también las modificaciones que el transcurso del tiempo introdujo en las costumbres, así como la modificación práctica y el desuso de algunas leyes, dieron lugar a la propuesta que la Junta general celebrada en Guernica en 1526, que cristalizó en el Fuero de 1527 "añadiendo y escribiendo en el dicho Fuero todo lo que estava por escribir, que por uso, y costumbre se platica"; es decir, corrigiendo el viejo fuero, en el que se habían escrito "muchas cosas, que al presente no hay necesidad de ellas, y otras, que de la misma manera según curso del tiempo, y experiencia, están superfluas, y no se platican; y otras, que al presente nos son necesarias para la paz, e so-

---

(96) F. MASPONS ANGLASSELL, *El Dret Catalá*, Barcelona, 1954, I, p. 25.

(97) ALMEDA, loc. cit., pp. 22 y s.

siego de la tierra, e buena administración de la justicia, se dexaron de escribir en dicho Fuero, y se usa, e platica por uso, e costumbre". Reconocimiento claro de que la costumbre no se petrificaba al escribirse y ser convertida en ley recogida en el Fuero, sino que su ulterior evolución se imponía al texto escrito y con mucha más razón se anteponía al Derecho del reino que sólo era supletorio.

Ejemplo característico de costumbre contra ley después del último Fuero de Vizcaya, fue el de la prórroga del plazo señalado en la ley 3, tít. III del Fuero al comisario para realizar su cometido (98) y que, pese a la reiterada oposición a su eficacia del Tribunal Supremo, se impuso en la práctica vivida, tanto que ha terminado por ser recogida en el art. 19, § 2.º de la Compilación de Vizcaya.

Así, defender el Fuero era defender las costumbres y, por eso, nos dice Jado (99) que: "Celosos los vizcaínos por la conservación de sus leyes que no eran más que el reflejo de su Derecho consuetudinario, trataron de evitar ei que pudieran ser desvirtuadas en su aplicación y de aquí que llegasen hasta prohibir el que en los Tribunales se alegase contra ellas, imponiendo esa misma ley 3.<sup>a</sup>, tít. XXXVI, la multa de seiscientos maravedises y el pago de las costas de su defendido al letrado que *derechamente abogare* contra las leyes del Fuero." Es de subrayar en especial que la parte dispositiva de dicha ley comienza diciendo literalmente: "Con que las Leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleytos de Vizcaya, y Encartaciones siempre se prefieran a las otras Leyes, y Pragmáticas del Reyno, y del Derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare, y determinare, o se proveyere, sea en sí ninguno, y de ningún valor, y efecto: Y que aunque venga proveido, y mandado de su Alteza por su Cédula, y Provisión Real, primera, ni segunda, ni tercera jusión et mas, sea obedecida, y no cumplida, como cosa desaforada de la tierra...".

De esta ley el citado Jado (100) dice que importa mucho tener presente los preceptos que de ella se derivan, a saber: "primero, que las leyes del Fuero se han de aplicar según su tenor, haciendo abstracción de toda legislación ajena a ellas; segundo, que en el caso de que haya necesidad de acudir a la interpretación para conocer su sentido, debemos inspirarnos más que en el rigorismo del derecho en las costumbres, que informan el modo de ser especial de la familia y propiedad del infanzonado o tierra llana, ya que el Fuero *es más de albedrío que de sutileza y rigor de derecho*, como dice la ley citada; y tercero, que sólo en último término y también cuando haya que suplir las omisiones del Fuero debe acudir a las leyes del reino o derecho común".

En *Mallorca* vemos que ya se impone la costumbre contra ley en

(98) GREGORIO DE ALTUBE lo estudió con realismo en su citada conferencia "El paisaje como fuente de Derecho".

(99) RODRIGO JADO Y VENTADES, *Comentarios al Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900, II Parte, cap. III, p. 217.

(100) JADO, loc. cit., pp. 217 *in fine* y s.

el *styl* 11 de las *Ordinaciones*, para formar un cuerpo de Derecho autóctono preferente a los textos de Derecho común y del catalán como proclamó el Privilegio de Gaeta de 1493 (101). Tanto es así que, incluso después del Decreto de Nueva Planta, como ha escrito el jurista mallorquín Sureda (102), “en cada caso es preciso probar que nuestro Derecho contenido en franquicias, privilegios y ordenaciones, etc., está vigente y forma costumbre y Derecho consuetudinario”. Como tal el Tribunal Supremo (S. 29 enero 1883) reconoció vigencia a la comisión del marido a la mujer concedida en testamento para la designación de heredero, y (S. 14 noviembre 1887) a la donación universal con carácter de heredamiento. Incluso la vigencia del Derecho romano en Baleares en materia sucesoria después del Código civil, a pesar del texto de su art. 13, se fundó en su arraigo y efectiva aplicación (103).

11. La supremacía de la costumbre sobre la ley dentro de la necesaria racionalidad requerida para su validez, no creemos que dependiera única ni principalmente de la libertad del pueblo, que por otra parte requería su capacidad, conforme la doctrina que hemos visto recogida por Santo Tomás, sino del modo como debe juzgarse la racionalidad con una visión realista.

Palá Mediano (104) hace notar el hecho de que el pueblo aragonés “tuviera siempre plena conciencia de que por sus costumbres creaba y desenvolvía una norma jurídica, que él directamente era artífice de su Derecho, que haya llegado a ser típico de la gente aragonesa su exacto sentido jurídico. Y de aquí también que ante la pregunta de la teoría y la doctrina moderna acerca de cuál es el elemento de la costumbre que le da razón a su vigencia, hayamos de contestar que no es el elemento material de repetición de actos, sino el elemento ideal o intelectual, de tácito consentimiento y acuerdo de los ciudadanos lo que integra su razón de ser, su origen y, en definitiva, su elemento constitutivo. En pocos pueblos podríamos hallar en sus costumbres una mayor convicción jurídica”.

Percatémonos de que ese *animus* es una voluntad y un acuerdo general, pero presidido por una convicción jurídica.

Aclaremos también que la afirmación de la antes citada ley 3 del tit. XXXVI del Fuero de Vizcaya de que el Derecho consuetudinario recogido en el propio Fuero “es más de alvedrío, que de sotileza, et regor de derecho”, propiamente contrapone, lo mismo que Unamu-

(101) Cfr. LUIS PASCUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, Palma de Mallorca, 1951, tit. I, cap. II, pp. 16 y ss.

(102) ENRIQUE SUREDA, *Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca*, en *Revista de Derecho Privado*, I, n. 2, noviembre 1913, pp. 39 y ss.

(103) Cfr. L. PASCUAL GONZÁLEZ, loc. cit., sec. V, pp. 73 y ss.

(104) PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 199 *in fine* y s.

no (105) expresa al comparar los Códigos “debidos en buena parte a la razón racionante de los juristas” y las costumbres “razón no escrita del pueblo manifestándose en los moldes de la vida”, y al observar “que no en vano simboliza las viejas libertades vizcaínas un árbol que hunde sus raíces en las entrañas de la tierra”.

El elemento volitivo, la voluntad general, el pacto entre el pueblo y el príncipe, evidentemente es importante en pueblos libres y capaces de acuerdo con la calificación tomista a este respecto, pero no lo podemos confundir ni con el pacto de Hobbes, del que brota Leviathan ni con el contrato social de Rousseau, del que nace una falsa soberanía popular, “el país elector, la masa caótica, —según palabras de Costa (106)— cuya misión se cifra entera en obedecer a aquellos a quienes ha constituido en órganos suyos despojándose de su soberanía”, el país elector “*servum pecus* sin personalidad propia que recibe credo y consigna de lo alto, que obedece sin derecho en ningún caso a mandar”.

Las dos diferencias que más esenciales nos parecen entre las concepciones de Hobbes y Rousseau, de una parte, y la concepción forjada en la Edad Media de la voluntad popular que crea costumbres y pacta su respeto con el Príncipe, estriba a juicio nuestro:

En primer lugar, en que para esta concepción antigua el pueblo era una comunidad organizada, conforme podemos ver precisado por Costa (107), por Torras y Bages (108) y por Prat de la Riba (109). El pueblo no estaba formado —según palabras del Obispo de Vic— “de innumerables individuos sin ligamen”. Mientras que con su análisis de los conjuntos humanos, Hobbes, como nos dice Michel Villey (110) en lugar de observar en ellos “su armonía intrínseca, como Aristóteles supo hacer, los descompone, los reduce a elementos singulares. Las sociedades son reducidas a sus átomos constitutivos, a sus causas generatrices; estas partículas elementales vienen a ser los individuos”. Individuos iguales, sobre los que Rousseau monta su contrato social, privados de historia, con lo cual sustituye el hombre concreto por el individuo abstracto y como tal ahistórico (111). En

---

(105) MIGUEL DE UNAMUNO, *Derecho consuetudinario de España*, I, Vizcaya, n. 2, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 88, 2.º sem. 1896, pp. 46 y s.

(106) JOAQUÍN COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, loc. cit., p. 175. Véase también *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, cfr. ed. Buenos Aires, 1945, pp. 121 a 125.

(107) COSTA, loc. últ. cit., p. 167.

(108) TORRAS I BAGES, op. cit., lib. I, cap. VIII, pp. 60 y s.

(109) ENRIQUE PRAT DE LA RIBA, *Psicología de las multitudes. La era de las multitudes*, en *Miscelánea jurídica*, n. 5, en *Rev. Jur. de Cataluña*, I, 1895, pp. 42 y ss.

(110) MICHEL VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, fasc. V, París, 1967, segunda parte, cap. I, A, pp. 655 y ss.

(111) Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Libertad abstracta y libertades concretas*, en *Verbo* 63, 156 y ss., y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, Madrid, 1968, pp. 122 y ss.

tanto que las comunidades organizadas, como las que constituían los pueblos de nuestras regiones forales, eran —según expresión de Prat de la Riba— “obra capital de innumerables generaciones, síntesis de progresos alcanzados a costa de sacrificios” y tenían como “condición indispensable el transcurso del tiempo”.

Hablando del “actual atomismo”, el mismo Prat de la Riba (112) afirmaba que: “La sociedad tal como la han puesto, a fuerza de amputaciones y mutilaciones los partidarios del Contrato, es la menor cantidad de sociedad posible, es un principio de anarquía, apenas contenido por el peso de un gran despotismo”. “El liberalismo —dice en otra miscelánea (113)— exageró desmesuradamente el principio de la individualidad humana, pero aniquiló las individualidades sociales, intermedias entre el hombre y el Estado; de esta manera hizo la parte del único poderoso, el Estado, y favoreció en último término eso que el hombre ha denominado, con manifiesta impropiedad, el principio socialista”.

En segundo lugar, el pacto de nuestros pueblos con sus reyes, que éstos renovaban al prestar juramento antes de comenzar su reinado, no sometía a los reyes ni el Derecho a la voluntad ómnimoda de la mayoría, sino a las libertades concretas, a los usos y costumbres del pueblo, constituidos con arreglo a un orden natural, que ni Hobbes ni Rousseau admitieron. Para Rousseau la voluntad general encarnaba de por sí la razón determinada por la opinión subjetiva mayoritaria, mientras en las regiones forales era una razón objetiva la que se debía encarnar en las costumbres populares para que éstas fueran válidas.

Por eso creemos que no es un planteamiento jurídicamente correcto discutir el valor de la costumbre en el terreno político, en el ámbito de la soberanía según se entienda que ésta reside en el pueblo o en el Príncipe. Esta contraposición la planteó Costa (114) cuando explicó que “En el siglo XVI, y en el XVII, y en el XVIII, los jurisconsultos y teólogos españoles se clasificaban en orden a la soberanía ejercida o manifestada por vía de costumbre, en dos grupos: uno, no obstante su exaltado monarquismo, admitía a la costumbre contra ley, y era en el fondo más liberal que los liberales de nuestro tiempo; el otro condenaba la costumbre contra ley en nombre de sus principios absolutistas, y era más lógico que los liberales de nuestro tiempo”... “Nótese bien: el grupo de legistas y teólogos ilógicos, pero liberales, opinaba que si bien el rey es el órgano de la legislación, el pueblo es el señor del derecho, por donde, si una ley no conviene, la desusa y se da otra a sí propio en forma de costumbre; el segundo

---

(112) PRAT DE LA RIBA, *El sufragio universal inorgánico y el sufragio universal corporativo*, en *Miscelánea de Rev. Jur. de Cataluña*, T. I, 1895, página 371.

(113) PRAT DE LA RIBA, *El individualismo*, en *Miscelánea de Rev. Jurídica de Cataluña*, V, 1899, p. 40.

(114) COSTA, *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, pp. 119 y s.

grupo de juristas juntaba en su doctrina dos virtudes que faltan en la doctrina de los modernos: era lógico, puesto que sostenían que el pueblo no puede introducir costumbre contra ley en los Estados monárquicos absolutos, porque allí la soberanía reside en el rey, pero reconocía la potestad en él para introducirla en los demás Estados donde la soberanía reside en el pueblo”.

Pero, admitido un orden jurídico natural, no es en el poder de la voluntad donde debe buscarse principalmente el predominio de la costumbre sobre la ley.

Almeda (115) al tratar de dar explicación a la fuerza obligatoria de las costumbres, y de mostrar por qué los actos productores de la costumbre hacen de ella ley, comenta:

“Inútilmente se buscaría la solución del problema en las necesidades y abstracciones de una opinión que establece la naturaleza racional como primera regla del bien, que proclama a la razón autónoma legisladora de sí misma...

”Con semejantes idealismos se entroniza el antojo individual, se suprime la razón firmísima del discernimiento de lo bueno y lo malo, se quita toda estabilidad a los juicios morales, base de los jurídicos, se imposibilita radicalmente la unidad de conciencia, se destruye el fundamento del orden y con él la sociedad que de él y por él existe, después de proclamarse el absurdo de hacer a cada uno regulador imperativo de sus acciones y de su libre albedrío.

”Desde luego la costumbre como fuente de Derecho es inconciliable con dicha opinión porque nunca resultará de ella una regla obligatoria. La observará y la rechazará quien quiera, si no se le aplica la coacción externa de la autoridad pública que manda observarla, y así se para en la supresión de las costumbres como fuente del Derecho para conceder esta condición única y exclusivamente a la ley. En último término se labra el pedestal del cesarismo.”

La costumbre requiere, pues, el *consensus* de una comunidad orgánica constituida, no de una suma de individuos contada en un momento dado, y ese *consensus* se funda no en un racionalismo idealista abstracto, sino en una racionalidad sentida y vivida. Pero, el modo de comprender esa racionalidad y por qué ésta de por sí confiere a la costumbre primacía sobre la ley, lo vamos a ver enseguida al analizar qué debe entenderse por “ordenación racional”.

12. No hace mucho apareció a la luz, en una revista francesa, un trabajo del profesor de Filosofía de Lieja, Marcel de Corte (116) en el cual se ocupa de la definición tomista de la ley. Del mismo nos interesa el epígrafe que dedica a su carácter de *ordenación racional*. Su examen, por una aparente paradoja, nos ayudará a comprender por qué la costumbre de un pueblo orgánicamente constituido puede

(115) ALMEDA, loc. cit., pp. 20 y s.

(116) MARCEL DE CORTE, *Telle est la loi*, en *Itinéraires* 127, noviembre, 1968, pp. 297 y ss.

lograr esa ordenación racional en contacto táctil con la realidad mejor que un legislador en su gabinete envuelto en la galaxia gutenberiana de la lectura de sus libros.

La ley, según De Corte, y como ella toda norma, "no dimana formalmente de la voluntad, sino de la razón", pues "implica siempre la percepción y la determinación de las relaciones entre un fin a perseguir y los medios para alcanzarlo. Siendo así que captar y definir una relación es siempre un acto de inteligencia".

La ley es "norma y medida del ser y del obrar que sigue al ser"... "determina el orden de subordinación de las partes al todo en el ámbito del ser, y de los medios al fin en el de la acción".

"Tan sólo la inteligencia, facultad de lo real, puede alcanzar al ser de las cosas y el de los actos y deducir de su realidad respectiva las relaciones múltiples de los componentes que engloba. Sólo ella es capaz de objetividad tanto en el plano del conocimiento teórico como en el del conocimiento práctico. Del mismo modo en efecto que el verdadero conocimiento de las cosas pende de la noción de ser, sin la cual no habría posibilidad de conocimiento alguno en el orden del saber especulativo, del mismo modo el conocimiento objetivo de las acciones y de su sentido real depende del conocimiento del fin supremo, el bien real, principio regulador del saber práctico. Para alcanzar este fin real es preciso disponer objetivamente de los medios que su obtención exige. En otras palabras, es necesario adaptar objetivamente los medios objetivos al fin objetivo del hombre." Lo cual también "es oficio de la inteligencia. La norma del ser y la de la acción que llamamos ley, nos es así revelada por *la razón* que es la única capaz de descubrir el *orden objetivo de las razones* tanto en la ordenación de las partes al todo como de los medios al fin".

No cabe imaginar que "esta razón de la que dimana la ley sea la razón "autónoma", libre de todo vínculo con lo real, suprema "creadora de los valores"... "tal razón es un mito o una sinrazón". Mito, "porque una razón que no recibe de la naturaleza de las cosas su contenido inteligible *está constreñida a imaginarse* otro, para darse un objeto *ficcionario*, fabricado por ella. Ninguna razón puede funcionar sin objeto. Una razón desprovista de objeto, sueña. Si una razón no recibe del universo de los seres y de las cosas su objeto real, independiente de sí misma, no tiene otro recurso que darse un objeto que no existe sino en ella misma, una entidad mental, una abstracción que enseguida proyectará en la realidad como una forma en la materia maleable." Y la sinrazón dimana de que "es extravagante abandonar el camino de lo real, para vincularse en el del objeto imaginario que le es impropio y que hace retroceder la inteligencia humana al nivel de la imaginación" (117).

---

(117) Si no se acepta la norma de la realidad, es decir, del orden de las cosas, el voluntarismo se impone, ya sea con la desnudez de un nominalismo o con el disfraz de un idealismo. Igualmente, "el nominalismo y el idealismo presuponen un sujeto humano escindido en dos partes impermeables entre

“La ley es un *dictamen rationis*, un “dictado de la razón”, porque la razón lee e interpreta *conforme a la naturaleza humana*, de la cual es la función específica, los datos elementales inscritos en dicha naturaleza”... “Cuanto más se adueñe la razón humana de las reglas trazadas por la naturaleza, no de una manera exterior y formal imponiéndole su molde lógico, sino al contrario desposándose con todos los valores incluidos en el estado incoativo y latente en los primeros movimientos espontáneos del ser humano de modo tal que los conduzca a su punto de madurez, de flexibilidad y de armonía orgánica por su esfuerzo iluminado, tanto más natural se hace y a su vez deviene razonable en todos sus apetitos como en todas sus pasiones.”

La inteligencia, “facultad de lo universal”, ¿cómo puede alcanzar la realidad siempre singular de las cosas?

“Si se acepta que el único sujeto del conocimiento es el ser humano en carne y en hueso dotado de una inteligencia y de una sensibilidad indivisiblemente unidas en él, es fácil comprender que capta la existencia singular de las cosas por su sensibilidad mientras que aprehende, por la abstracción intelectual, un aspecto inteligible de las cosas en cuestión. Perfecciona enseguida su conocimiento de la reali-

---

sí: una sensibilidad que le pone en relación con los datos fluyentes del mundo sensible, y un pensamiento que, desde el exterior, dicta a estos datos exteriores su significación al aprisionarlos en los hilos de la ciencia que teje”. Así, con Rousseau, “nos encontramos con un nominalismo, un idealismo y un voluntarismo en estado puro”. El hombre en “estado de naturaleza” rousoniano “que goza de una independencia y una autonomía perfectas, desprendido de toda coacción, no sometido a nadie ni sometiendo a nadie tampoco, que goza de una felicidad perfecta”, no es sino “simplemente el yo, el individuo separado no sólo de todos los demás seres, sino del universo entero, replegado sobre su propio ser y contemplándose en el espejo de la toma de conciencia que tiene en él perfecta plenitud”... “impregnado de narcisismo hasta la médula”.

A este hombre, para el que “no hay deber ni ser, ni inteligencia que descubra el ser y ordene el deber, no le queda más que el libre deber de asociarse o no. Puesto que no existe moral, ni sociedad que sean la expresión de una naturaleza que el hombre no ha hecho y que no depende del querer humano, no le queda para salvar el yo de la alienación, sino una moral y una sociedad *convencionales, artificialmente construidas*, en las cuales cada asociado preserva su libertad y su igualdad originarias (su narcisismo constitutivo). Estas quedan inmunizadas de toda pérdida de sustancia, por “el contrato social”...”. “La voluntad del yo y la voluntad de todos coinciden. El yo individual y el yo colectivo no constituyen sino uno. La persona y la comunidad se identifican”.

“¿Cómo? En la *imaginación* y por el *totalitarismo* más dictatorial que quepa.”

Por la *imaginación*, pues “un pacto tal jamás ha existido y nunca existirá. *Lo propio de la sociedad concebida por Rousseau es no existir*. Es una quimera, una utopía extravagante”... “Desde el momento en que se parte del yo o del pensamiento separado de la realidad, es imposible alcanzar el ser. *No existe puente*, salvo imaginario, excepto por alucinación interna o provocada desde fuera”.

Por el *totalitarismo*, pues: “bajo pretexto de salvaguardar la independencia del hombre frente a otro y de suprimir todas las “alienaciones”, se le hace esclavo de un “todo”... ”.

Por otra parte: “¿Cómo puede haber contrato sin referencia al principio fundamental: *pacta sunt servanda?*”.

dad, atribuyendo en un juicio lo que ha concebido por la inteligencia a lo que ha percibido con los sentidos. No hay ninguna oposición entre los dos actos de concepción y de percepción. De por sí, el contenido inteligible de la realidad no es, en efecto, ni universal ni singular: expresa simplemente *lo que* la cosa es, su esencia o un aspecto de esa esencia. Únicamente, ese contenido inteligible existe en el pensamiento de un *modo* universal y en él ser extramental de un *modo* singular. No es lo universal como tal lo que es referido a lo singular. La tentativa está abocada de antemano al fracaso. En el contenido inteligible de la cosa lo que, en el juicio, es unido indivisiblemente por el sujeto consciente de la realidad percibida.”

Así se hacía en el Derecho foral, como expone Maspons Anglasesell (118) al recoger el concepto catalán de ley explicado por Tomás Mieres, tal vez la figura más representativa de la edad de oro del Derecho catalán: “Si vosotros me preguntáis qué es ley, yo os diré: ¿Os habéis fijado alguna vez en lo que hace el escultor al proponerse labrar una estatua? Recuerda cuáles son los procedimientos que emplea para obtener un éxito con el trabajo anterior, recuerda lo que hicieron sus maestros, qué es lo que la experiencia ha enseñado a sus padres, a sus amigos, a los demás escultores, y aleccionado con estos distintos pensamientos y con esta práctica, establece una conclusión y la eleva a norma de conducta: esa norma de conducta es la ley.” Y aún añade Maspons, tal vez exageradamente: “la ley no es ordenación, no es ejercicio de jurisdicción, es lección de experiencia, es fruto de colaboración hecha regla de acierto y defensa de conducta”.

La razón captará tanto mejor las reglas particulares y universales de la realidad cuanto más perfecta sea su percepción sensible de ésta, cuanto más se despose, como gráficamente dice De Corte, con “todos los valores incluidos en el estado incoativo y latente” y más llegue “a su punto de madurez” y de “armonía orgánica”.

Esa percepción y ese desposorio así fueron realizados en las regiones forales en la elaboración de las costumbres.

Oigamos cómo Palá Mediano (119) nos explica que el valor reconocido a la costumbre contra ley, “permite una renovación incesante del Derecho positivo para acomodarlo a la vida jurídica que es proterforme y progresiva”, y que los aragoneses hicieron “evolucionar su peculiar Derecho amoldándose a las necesidades de la vida y a las condiciones de clima, ambiente y situación”, que “mantuvieron ellos siempre la conciencia de un ordenamiento jurídico que les era imprescindible”... “Los notarios aragoneses, los letrados en sus más diversas actividades, hasta los leguleyos pueblerinos mantenedores de ciertos ritos y ceremonias con que se solemnizaban determinados

(118) MASPONS ANGLASELL, *La situación jurídica de Cataluña y la publicación de los apéndices al Código civil*, conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 15 julio 1918, cfr. en *Rev. Jurídica de Cataluña*, XXIV, 1918, p. 387.

(119) PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 192 y 195.

acontecimientos familiares, fueron depositarios hasta hoy de un tradicional modo de ser y vivir”.

Y respecto de Cataluña, según Maspons Anglasesell (120), decir: “Que el régimen catalán es consuetudinario, equivale a decir que reconoce de antemano la inutilidad de los esfuerzos para ahogar la naturaleza de las cosas con acuerdos legislativos apriorísticos.”

“... Cuando el hombre ha de tomar una resolución de trascendencia para sus intereses, lo primero que hace es pensarlo, acto eminentemente racional; además, el instinto de conservación le ordena observar lo que han hecho los otros hombres en casos parecidos, y qué resultados ha dado la manera como los han resuelto. Cuando ha observado y ha pensado, decide; acepta la solución avalada por las prácticas ajenas, o la modifica en lo que considera conveniente para asegurarse de su bondad en relación a su objeto. Y así se va formando la fórmula consuetudinaria, que mejor encaja con la siempre cambiante vida humana”. En esta labor, el pueblo fue guiado por sus notarios, según indica antes el mismo Maspons (121).

A su juicio (122), “un régimen consuetudinario es de mayor nobleza que los codificados por las leyes emanadas no de la experiencia, sino del racionalismo legislativo de un número reducido de hombres que, por buena que sea su voluntad, resuelven a base de teorías”. Y al respecto cita un texto de Tomás Mieres (123), en el que alaba la costumbre por cuanto establece la norma jurídica partiendo de la “convenientia rerum”, “de aquello que conviene a la naturaleza de las cosas que se han de arreglar”.

“Nuestro régimen, por lo tanto —concluye—, por el hecho de ser consuetudinario, sobrepone el realismo al racionalismo, el practicismo a la teorización, y, en suma, el impulso vital a las elucubraciones.”

Igual podemos decir en mayor o menor grado de las demás regiones forales. Las costumbres han encarnado la razón vital y la razón histórica del pueblo en continua tensión. Captadas por necesidad de la percepción de lo real, adaptadas, como medios que son a los fines, abstraídos de la naturaleza humana y en relación con la realidad concreta circundante; transmitidas oralmente por tradición de padres a hijos; vividas táctilmente en su aplicación práctica repetida, son fuente de experiencia y, gracias a ésta, de continua mejora.

(120) MASPONS ANGLASELL. *El Dret Catalá*, III, pp. 51 y s.

(121) MASPONS. loc. últ. cit., I, pp. 27 y s.: “En todo régimen de libertad civil —dice—, el notariado es principal cauce de la concreción de los pactos y de las reglamentaciones que originan la regla del Derecho y, por su medio, cada una de las instituciones de aquella regla”... “Si la costumbre se ha mantenido en constante evolución, sin desviarse se debe al notariado, no sólo en tiempos pasados, sino en los actuales, pues las nuevas formas de las instituciones que enriquecen nuestro fondo jurídico, son obra de nuestros notarios, de los compenetrados con la tierra, no por teórico estudio, sino por ancestralismo o identificación personal”.

(122) MASPONS, *ibid.*, III, p. 52.

(123) TOMÁS MIERES. *Apparatus super Constitutionum collationem*, capítulo II, n. 39.

13. Partiendo del concepto de racionalidad, que hemos visto esbozado, no hay entre ley y costumbre la antítesis que se plantea entre ambas, si se arranca de una concepción voluntarista del Derecho.

Así pudo concluir el *Usatje* “*Una quacque gens*” que: “Institució de equitat es doble: ara en ligs, ara en costumes.”

Y así, en el concepto de Derecho positivo que nos ofrece el jurista catalán del siglo XIV, Juan Tarré o Guido de Perpiñán, que nos cita Elías de Tejada (124), caben lo mismo la ley que la costumbre; pues: “dicitur ius positivum, quis ponitur a recto iudicio rationis, prout congruit et utile reperitur ab intellectu practico hominis stautentis”.

“Sería erróneo —dice Camps i Arboix (125)— suponer que entre la costumbre y la ley hay una incompatibilidad latente. Al contrario, una es complementaria de la otra, porque la mejor ley, como hemos insinuado citando a Cujás, será aquella que tenga en la costumbre su origen y asimile la substancia propia de la costumbre.”

La cita de Cujás, es un díptico: “*Quid consuetudo? Lex non scripta Quid lex? Consuetudo scripta.*”

Veamos, ahora, cómo se armonizaron ley y costumbre en las regiones forales, comenzando por percibirlo en el ámbito de la promulgación de las leyes.

La promulgación de una ley podía obedecer a varias razones.

1) *Imponer una conclusión de Derecho natural necesario* que viniera siendo incumplida, o bien derogar una costumbre contraria al mismo. Función que el mismo Costa (126) reconoce al indicar la existencia de un orden de relaciones jurídicas de Derecho necesario, obligatorio, que afecta a la esencia de la institución, que no puede revestir sino una forma única, y respecto de la cual el Estado, supremo regulador y fiador del Derecho natural y de las buenas costumbres, impone una determinada conducta a las personas privadas.

No olvidemos que, como en el siglo XV escribió el jurisconsulto catalán Socarrats (127), “consuetudo iniusta”, es decir, “quando contradicat iure divino, naturali vel gentium”: “non enim tunc consuetudo appellatur, sed usurpatio”.

2) *Resolver casos dudosos o controvertidos*. Así, respecto de Aragón, nos dice Palá Mediano (128) que en la redacción de muchas

(124) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento político catalán*, T. I, *La Cataluña clásica*, Sevilla, 1963, cap. IX, p. 188, indica que recoge esta cita del carmelita Fray Bartomeu F. M. Xiberta, “De doctrinis theologicis magistri Guidonis Terreni”, en *Analecta Ordinis Carmelitarum V* (1923), pp. 314-315, que la transcribe del “*Commentariorum super Decretum*”, de Terrés, manuscrito latino vaticano 1453, fol. 1 vto.

(125) CAMPS I ARBOIX, op. cit., I, p. 35.

(126) COSTA, *Forma que debe revestir el Código, derivada del principio foral standum est chartac...* en *La libertad civil...*, cit. cap. IV, 2.º, pp. 102 y s.

(127) IOANNE DE SOCARRATIS, *In Tractatum Petri Alberti, canonici barcinonensis, de consuetudinibus Cathalonie inter Dominos et Vasallos... commentaria...* Barchinonae, 1551, cap. 47, n. 46, p. 483.

(128) PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 197 y s.

observancias puede reconocerse “que son reglas extraídas directa e inmediatamente de decisiones judiciales, a las que se alude en el caso concreto” y “las respuestas o declaraciones de Fuero que el justicia mayor y, después de 1528, su Consejo daban cuando eran consultados por los jueces y otros oficiales sobre los casos dudosos.

3) *Aclarar la inaplicabilidad de preceptos de Derecho romano* que los jueces o juristas quisieron aplicar y que contrariaban usos o costumbres autóctonos o a la utilidad o conveniencia del pueblo (129). Así fueron, v. gr., las Constituciones que fueron separando la legítima catalana de la gótica y de las romanas.

4) *Solucionar los supuestos en que no había una communis opinio en el pueblo* y la discordia había surgido. Es el supuesto de las Concordias. Famosa, al respecto, es la de Guadalupe con la cual Fernando el Católico resolvió el problema de los *remensas*.

Es de notar que en estos cuatro casos —como ha dicho Maspons Anglasesell (130) hablando de Cataluña, pero que es extensivo a las demás regiones forales, según hemos visto al examinar los respectivos fueros, privilegios y costumbres que el Rey juraba al posesionarse del reino—: “el concepto catalán de ley es el de pacto, no tiene los caracteres de ley lo que no es pacto entre el gobernante y los gobernados, y así, en efecto, no se cansan de repetirlo desde Montjuich, Callis con los Vallseca a Cancer, Miguel Ferrer, Oliba, Juan Pedro Fantanella y los que les sucedieron hasta 1714”... “La ley es un pacto que como pacto está por encima de la potestad del Rey y aun por encima de la potestad de las Cortes.” Y como muestra práctica de esa colaboración en la búsqueda de la solución racional, que también hallamos en las otras regiones forales, incluso cuando el Rey concedía privilegios, “lo que hacía era coger el texto mismo de las peticiones de los que se lo demandaban, y ponerle la cabeza y una sanción final”. Y así se comprueba “la colaboración constante del elemento popular” y “de una manera explícita o implícita se reconoce que la ley es el resultado de esta conjunción, que el Derecho nace precisamente de la actuación popular más que el pensamiento de los legisladores”.

5) *Actuar como razón escrita, ofreciendo al juez un cuerpo de soluciones* para buscar entre ellas la más adecuada al caso a resolver. Fue así en especial en la aplicación subsidiaria del Derecho canónico y el Derecho romano en Cataluña y en Navarra.

En Cataluña, la Constitución de Felipe II en las Cortes de Barcelona 1599 (Const., lib. I, tít. XXX, ley única, cap. 40), después de ordenar a los Doctores del Real Consejo que decidieran y votaran las causas seguidas en la Real Audiencia “conforme y segons la disposició dels Usatjes, Constitutions y Capitols de Cort, y altres drets del present Principat, y Comtats de Rosselló y Cerdanya”,

(129) Respecto Aragón, cfr. PALÁ, loc. cit., pp. 192 y s.

(130) MASPONS ANGLASELL, *La situación jurídica de Cataluña y la publicación*, en *Rev. Jur. de Cataluña* XXIV, 1918, pp 382 y ss.

previno que “y en los casos que dits Usatjes, Constitutions y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la disposició del Dret Canonic y, aquell faltant, del Civil y Doctrines dels Doctors, y que no les puguin decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a las reglas del dret comú, y que aporten los Doctors sobre materia de equitat”.

Notemos así, que tanto el Derecho común como la doctrina de los autores, rigen como pauta de equidad, frente a la tendencia que podríamos llamar de Derecho libre. Maspons Anglasesell (131) advierte al respecto que: “Con el Derecho romano ha ocurrido lo mismo que con los grandes inventos realizados en las artes y en las ciencias: cuando el invento ha sido útil, prescindiendo de leyes y de aleccionamientos oficiales, ha sido acogido en todas partes, y donde ha penetrado se ha mantenido. Es un Derecho al que se llamó pronto “razón escrita”, y por teorías y sistemas que después se hayan querido hacer prevalecer, nunca ha habido alguno que lo haya superado, porque ninguno ha expresado como él las soluciones del sentido común”... posee con esta alta cualidad, “la de contener un aparato de aplicación las reglas jurídicas tan completo, adaptable y a la vez previsor, que nadie lo ha podido arrinconar por deficiente o anticuado. Si de una parte es la razón escrita, de otra es su instrumento de realización más eficiente”.

El mismo sentido parece que debe darse a la aplicación, como suplementario, del Derecho común, es decir, del Canónico y el Romano, a Navarra por la Ley decretada en Pamplona en 1576 (Ley 1, tít. III, lib. I de la Novísima recopilación navarra), a petición hecha para que “a falta del Fuero, y leyes de este Reino, se juzgue por el Derecho común como siempre se ha acostumbrado”.

6) *Recoger y escribir los usos y costumbres, formulándolos depurados y ordenados.* Costa (132) indica que en estos casos el legislador ha recibido el contenido jurídico de las leyes “elaborado ya, tomándolo de la tradición oral, de los actos y contratos escritos, de las declaraciones de los ancianos, y, en una palabra, de la vida común, y se ha limitado a depurarlo y ordenarlo, a concertar sus diversos miembros, a darle una expresión concreta en el lenguaje”.

Es el caso en Cataluña de los “Usatjes” y las “Commemoracions d'en Peré Albert”, el “Llibre del Consolat de Mar”, el “Recognoverunt Proceres”, las “Ordinacions d'en Sanctacilia”, el de las numerosas compilaciones de “styls” y “costumas” en Mallorca, de las “Observancias” en Aragón, del Fuero de Vizcaya en sus dos versiones, etc.

Notemos que Socarrats (133) observó a las compilaciones de costumbres, siguiendo en esto la opinión de Baldo “quod licet sint in scriptis redactae, debent tamen dici ius consuetudinarium: quoniam scriptura non inducit, sed quod prius erat in scriptura radigatur”,

(131) MASPONS ANGLASELL, *El Dret català*, I, p. 24.

(132) COSTA, *La ignorancia del Derecho*, cap. IV, p. 126 .

(133) SOCARRATS, op. cit., proemio, nn. 6 y 7, p. 6.

y “quod ad eius observantiam, et ut melius possit teneri menti, potest redigi in scriptis ad memoriam eius: et nihilominus dicit consuetudo”. De lo que dedujo que esas compilaciones no debían ser glossadas ni debían aplicarse por interpretación extensiva, “quia consuetudo, quantum habet de actu, tantum habet de potentia, et non plus”, y “quia consuetudines non recipiunt extensionem ultra id, quod agitur”.

La importancia y el valor de las compilaciones de costumbres nos han sido explicados por Maspons (134).

“La concreción notarial del acto consuetudinario deja aislada la fórmula resultante; la compilación al recogerlo y darle publicidad, la pone al alcance de los futuros actuantes. La conjunción de estos elementos muestra prácticamente la continua formación del régimen.

”La compilación, en realidad, no recoge la forma individual de la costumbre, sino la síntesis que deriva de una serie de repeticiones individuales. Así como la concreción notarial expresa el acto generador puro, la compilación expresa la lección o ejemplo que, mediante la repetición, convierte el Derecho no escrito en Derecho escrito. Al escribir la costumbre se tiende a anquilosarla, pero a la vez se le da una estabilidad que no es la del agua que mana constantemente de la grieta de una roca, sino la del agua recogida en un estanque, con la utilidad que no tendría si quedara desparramada por la tierra.

”Esta comparación da idea de las ventajas y peligros de la compilación. El agua no recogida es la de más valiosa virud fecundante: el sentido popular lo ha consagrado al decir que para encontrar buen agua hay que ir a la fuente; pero al mismo tiempo, es la más difícil de aprovechar, porque, al ser recogida, suele mezclarse con gérmenes extraños y fácilmente se corrompe.

”Este inconveniente de las compilaciones consuetudinarias se salva del mismo modo que se aprovecha el agua recogida en un estanque, esto es, no dejándola estancada sino el tiempo necesario para aprovecharla...”; “las compilaciones están integradas por preceptos que se presume reguladores de cada caso concreto, mientras no se pruebe lo contrario; admiten prueba en contra...”; “las costumbres compiladas, aunque estén escritas, se hallan en constante evolución, de hecho y de derecho, porque la presunción puede ser destruida...”.

Maspons exalta la flexibilidad que resulta de esas compilaciones de costumbres, nosotros queremos llamar la atención sobre el equilibrio de percepción sensorial que jurídicamente significan: la pauta visual, ordenadora de su texto leído, se completa con su explicación oral tradicionalmente transmitida y con la tactilidad vivida prácticamente, con la que constantemente debe ser cotejado aquel texto.

14. Acabamos de ver que, en el sistema jurídico vivido en nuestras regiones forales, el nacimiento y la derogación de las leyes se conjugaba con las costumbres. Debemos también destacar que si la costumbre puede ser germen o muerte de una ley, es siempre la que

(134) MASPONS, op. últ. cit., I, pp. 28 y s.

le confiere la vitalidad y expresa su sentido en el sistema equilibrado que constituyó la base de los Derechos de estas regiones.

Varios principios expresan esta realidad: "*Leges sine moribus, vanae profiscuntur*", "*Leges nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptae sunt*" (Dig., I-III, 32), "*Leges moribus coalescunt*" (San Isidoro, cap. I, dist. 1), y "*Optima est legum interpretes consuetudo*" (Dig. I-III, 37 y Decret. I-VI, Cum dilectus, cap. 8).

Costa (135) nos recuerda la afirmación del doctor Navarro, Martín de Azpillicueta (136): "*Lex antequam recipiatur, saltem per maiorem partem civitatis, cuius pars transgressor non ligat*". Y Maspons (137) la del jurista catalán clásico Juan Pablo Xammar "*Lex usu non receptam non ligat*".

Tal vez, en parte, alguna pudo decirse mejor que en los regímenes forales, como Juliano, en el citado frag. 32, § 1.º, inc. 2.ª, Dig. I-III, que "*Nam... ipsae leges nulla alia ex causa non teneant, quam quod iudicio populi receptae, sunt...*".

Siendo así, es lógico que la interpretación de las leyes que debe prevalecer es aquella vivida en las costumbres. Es algo que muchos juristas actuales olvidan al tratar de interpretar textos de Derecho foral, ante los que se aíslan en su galaxia gutenberiana, olvidando que se debe buscar su sentido sumergiéndose en su vivencia táctil. En cambio, los prudentes romanos en sus respuestas lo tuvieron muy en cuenta. Así, Paulo (Dig. I-III, 23): "*Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*"; y el mismo (Dig. h. t., 37): "*Si interpretatione leges quaeretur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro ei eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretes consuetudo.*"

"A la costumbre —dice Almeda (138)— debe también la ley con, sin y en contra de su voluntad su aplicación, siendo por ello su perfeccionadora. La interpreta si es ambigua, oscura y equívoca o adolece de cualquier defecto que pueda hacer incierto su sentido; fija el relativamente verdadero si es susceptible de varios y robustece su fuerza y eficacia en cuanto asegura su aceptación por el pueblo."

Y como dice poco antes (139): "La costumbre vive y vivirá con la ley para juntarse en un supuesto, como dos fieles amigos en liga de perpetua paz y conformidad, si la ley cumple su misión esencial, y vive y vivirá contra la ley como acusadora para alegar contra ella y condenarla como Juez, si no cumple su misión."

"Debe la ley ser ordenada al bien común, y constituyen sus atri-

(135) COSTA, *La ignorancia*, cap. IV, p. 129.

(136) MARTINI AB AZPILICUETA, doctoris Navarri, *Consiliorum et responsarum*, Lib. I de constit., consil 1.ª, § 23; ed. Colonia, 1616, p. 5.

(137) MASPONS ANGLASELL, *El Dret comarcal i el renaixement del Dret civil catalá*, en *Varietats comarcals del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1934, pp. 343 y s.

(138) ALMEDA, loc. cit., p. 24.

(139) *Ibid*, pp. 23 y s.

butos indefectibles la honestidad, la justicia, la posibilidad, la necesidad, la utilidad, la conveniencia con los usos y prácticas del pueblo que ha de regir y con el tiempo y lugar en que ha de regir. Can. II, Dist. IV.

"Si la ley es todo eso, se inspirará en la costumbre y a la costumbre deberá su prosperidad y gloria.

"Si la ley no lo es, la costumbre no será su compañera, sino su enemiga, no la ayudará, sino que será su condena y lazo de perdición."

Durán y Bas (140) lo proclama: "La antigüedad ha dicho: *quid iuris sine moribus?* Y el derecho cosmopolita en vez del derecho nacional, la abstracción filosófica en vez del elemento histórico en el derecho positivo, más que completar con la influencia de las costumbres la eficacia de las leyes, ha de producir un divorcio, un antagonismo, opuestos al desenvolvimiento de la civilización nacional. Y cuando la idea de la humanidad sustituya a la de nación; cuando el derecho se funde más en ideales que en necesidades legítimas de los pueblos forzosamente habrá de haber inestabilidad en las leyes; ninguna conquistará la adhesión de las conciencias, ni se identificará con los sentimientos del país; y el tiempo presenciara, como mero testigo, los cambios de legislación, pero no concurrirá a su consolidación, con su acción fecunda. De Maistre lo había dicho: «el tiempo no respeta sino lo que ha fundado».

15. El equilibrio de las fuentes en los regímenes forales se mostró también en la aplicación judicial del Derecho.

La linealidad propia de la percepción visual de la letra impresa y de la lógica formal no podía ser compatible con la percepción plena de la realidad en su conjunto y en el caso concreto planteado, característico, como vimos antes, de los Derechos forales.

El método empleado era el de confrontación de argumentos más que el deductivo. Ello daba, sin duda, una gran importancia al arbitrio judicial. Lo indica la llamada que la Compilación de Huesca de 1247 hacía al sentido natural y a la equidad, en lo que el Fuero no fuese suficiente, que ha dado "una gran fluidez en la vivencia de la norma supletoria" (141). Lo mostraba el procedimiento catalán propio, que conforme explica Maspons (142), "juzga, como dicen las *Constitucions* «per equitat a bona rao», y que exige como «conditio sine qua non», una compenetración con la vida y las instituciones catalanas".

Este último autor recuerda que en la vieja organización judicial catalana el juez no actuaba sólo, sino con la cooperación de dos abogados llamados "setmaners", y de modo tal que "esta especie de arbitrio judicial encarnaba el sentido de la vida; si los magistrados

(140) DURÁN Y BAS, *La escuela jurídica catalana*, en *Escritos I*, p. 367.

(141) Cfr. PALÁ MEDIANO, loc. cit., pp. 201 *in fine* y s.

(142) MASPONS, *El Dret català*, I, pp. 34 y s.

juzgaban según ley, los abogados «setmaners» representaban la fuerza de los hechos, de las «conjecturas», como decía el lenguaje de la época, o sea de las circunstancias de cada caso...”.

Ni la letra de la ley, ni las sentencias anteriores podían impedirlo.

El profesor Elías de Tejada (143) observa esta mentalidad en pleno vigor en Raimundo Lulio:

”En la perspectiva de Llull el Derecho natural y la justicia coinciden por entero. Incluso en las aplicaciones más menudas en las sentencias judiciales, porque la «justitia e. ens. cum q. iudex iudicium recta causat». El Derecho positivo aparece sin excepción siendo «subditum iure naturali» porque toda su capacidad de justicia consiste en la medida en que se acomode a los preceptos del derecho natural.

”La conclusión sería, y Llull la deja entrever con la terminología del siglo, transformar al juez en legislador en cuanto intérprete directo del Derecho natural. Las escuelas modernas de la libre jurisprudencia tienen en Llull un predecesor de Hermann Kantorowicz, en la proporción en que Llull no se aparta jamás de la vigencia del Derecho natural a lo escolástico y en que la libertad de juicios que concede al juez consiste en que estima acertará si juzga a tenor del Derecho natural con preferencia a las normas del Derecho positivo, ya que éste es justo según asuma al primero: «iudex possit plus agere d. bono cum iur. naturali q. cum positivo», son sus palabras terminantes.

”Los esquemas y los árboles [empleados didácticamente por Llull] concluyen así en la máxima de las libertades judiciales, en equiparar al juez con el legislador como paralelos intérpretes del único Derecho verdadero, para Llull el Derecho natural...”.

Sin embargo, en Derecho catalán, la jurisprudencia, como ha subrayado Maspons (144), “no tiene más fuerza que la de una orientación, algo así como de buen consejo; en un régimen en el cual todo gira alrededor de la finalidad suprema de asegurar la máxima justicia, mejor se diría la máxima equidad, en la resolución de cada contienda, no es posible admitir que sea norma suprema de juzgamiento el apriorismo de una interpretación apriorística”.

Y pone como ejemplo que Tristany, al final de sus *Desiciones*, publicó como corolario del estudio el célebre prólogo de Francisco Llampillas, en el cual se previene a los que le lean y estudien que no imiten a las aves aquellas que estúpidamente vuelan en una dirección determinada sólo por que delante vuela otra que va hacia ella. Este consejo—prosigue Maspons—ensarta un hombre que a la sa-

(143) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento político catalán*, vol. II, *Mallorca y Menorca clásicas*, Sevilla, 1963, cap. VI, pp. 168 y s.; que cita el “*Ars juris naturalis*”, de Ramón Llull, de 11 vt° b a 13 b.

(144) MASPONS, *La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Rev. Der. Privado*, VII, 1920, pp. 100 y s.

zón era Fiscal General en Cataluña, en el frontispicio de la Colección más completa de jurisprudencia catalana que se conoce; y Peguera, que en la jerarquía actual tendría la categoría de Presidente del Tribunal Supremo, es precisamente en su colección de *Decisiones*, donde dice que si dadas las circunstancias de un caso concreto resultase una iniquidad aplicar un texto, debe prescindirse del texto y aplicar la equidad del fallo”.

Así “hay uniformidad de doctrina”, referida “a hacer imposible que el legalismo imposibilite la justicia imponiendo criterios apriorísticos”.

En otro trabajo, pero a este mismo objeto, Maspons (145) cita un texto de Tomás Mieres y otro de Luis de Peguera:

”En sus célebres comentarios a las constituciones, dice Mieres que cuando hay razones de necesidad o de alta conveniencia—merecen especial atención estas palabras de *alta conveniencia*—es lícito dejar de aplicar una ley, porque su aplicación produciría una injusticia, y que entonces lo que procede es saltar por encima de esta ley constituida y empezar a constituir una ley nueva porque es preferible barrenar una ley que imponer una injusticia.”

Y Peguera dice que las leyes suelen dictarse en términos de generalidad, y que, como la vida se traduce en hechos completamente distintos unos de otros, puede ocurrir que este concepto de generalidad, al aplicarlo a casos concretos, produzca una injusticia, y “entonces—dice— sería una gran iniquidad—*esset iniquum*, usa textualmente la palabra iniquidad— aplicar el Derecho constituido; hay que aplicar un Derecho nuevo”.

Hay uniformidad, dice también Maspons (146): “en no dar valor a la invocación de las sentencias anteriores, más que en caso que pueda probarse que han constituido costumbres; la hay en afirmar que la doctrina de una sentencia es tan estricta que no se extiende de un caso a otro, o, como dice Fontanella, que no se extiende *ultra quam importat sonus*”.

Arte de juzgar que hoy, como dice Di Pietro (147), “muchas veces se ha visto comprometido por la abstracción racionalista de concatenar sintéticamente una suma de fichas jurisprudenciales, a las que se consideran datos de experiencia aplicables al caso concreto”.

Y hay también uniformidad: “en reconocer la fuerza de las *conjecture*, de las circunstancias del caso; la hay en reconocer la importancia decisiva de los hechos...”: “según la admirable frase de Fontanella, *minima mutatio facti mutat totum ius*; nuestro Derecho, sobre toda otra consideración, humanísimo y realísimo, incompatible con la preponderancia del formulismo y de los doctrinarismos legales, parte

(145) MASPONS, *La situación jurídica de cataluña...*, en *Rev. Jur. de Cataluña* XXIV, 1918, pp. 385 y s.

(146) MASPONS, *La perturbación...*, loc. cit., p. 101.

(147) DI PIETRO, *Verbum iuris*, cap. VI, 3, p. 94.

de la base de que así como no hay dos enfermos iguales, no hay dos conflictos iguales...”.

El modo de razonar de los jueces y juristas era tan diverso del deductivo, tanto tiempo de moda que hoy, como Martí Miralles (148) advirtió: “para decir alguna cosa nueva en materia referente a nuestro Derecho civil se ha de acudir forzosamente a los libros viejos” y “si se quiere llevar adelante el estudio de nuestra jurisprudencia se ha de volver muy atrás para profundizarla, porque los libros nuevos, en su generalidad, son mucho más a propósito para engordar bibliotecas que para ilustrarnos y hacernos progresar en el estudio del Derecho”. Ya que los autores modernos “demasiado inspirados por el método didáctico o sintético, no llegan tan lejos como los antiguos cuando se trata de desentrañar problemas tan minuciosos...” (149).

En esto, el Derecho foral, acentuando la tradición romano-cánónica del Derecho común, había seguido la pauta filosófica trazada por Aristóteles, el arte jurídico realizado en la Roma clásica en los edictos del Pretor y en las respuestas de los Prudentes, el método precisado y desarrollado por Santo Tomás de Aquino. Para el Aquinate la práctica del Derecho es un arte dinámico que busca la solución justa; su norma suprema debe hallarse en su adecuación al orden de la naturaleza, siempre objeto de permanente búsqueda.

La racionalidad apreciada no de modo ideal, *in abstracto*, sino en el orden de las cosas y en su aplicación a cada caso concreto, era lo que determinaba la solución. Esta podía llegar, sea directamente del texto de la ley o de la costumbre; o bien, indirectamente, a través de los razonamientos, en los que se usaba de la confrontación y la ponderación de opiniones —no en vano la Justicia suele ser representada con una balanza en la mano— más que de la deducción silogística.

De ese razonar ponderado, que sopesa todos los elementos en juego, que compara, mide, distingue y subdistingue, parte y reparte, hizo todavía en nuestro actual siglo uso en toda su obra Martí Miralles, continuando la vieja tradición del Derecho común. Con método que huye tanto del racionalismo puramente deductivo como del empirismo romo sin principios ni perspectivas, y lo mismo del doctrinarismo puramente teórico como del positivismo legalista que no sabe despegarse de la norma; que pone cada cosa en su sitio y todo lo valora de conformidad a ese orden (150).

El peligro de la racionalización moderna, que hoy, según obser-

(148) JUAN MARTÍ I MIRALLES, *Principis del Dret successori*, VII, *Lecture, Consideracions finals*, ed. Barcelona, 1924, p. 440, y ed. Madrid, 1965, pp. 319 y ss.

(149) MARTÍ MIRALLES, op. cit., III, Lect., ed. cit., p. 108, y ed. cast., página 102.

(150) Cfr. nuestro homenaje, con ocasión al centenario de su nacimiento, en la Academia de Jurisprudencia de Barcelona, el 25 noviembre 1966: JOAN MARTÍ MIRALLES y sus *Principis del Dret Successori*, publicado en *Anuario de Derecho Civil*, XIX-IV, pp. 846 y ss.

va Di Pietro (151), da lugar a que “la administración judicial se configure como la realización de una cada vez más creciente labor mecánica”, porque “si se ha perdido el *lumen* del *verbum iuris*, si éste se ha vuelto un «ente de razón» como significación y es *neutro* su dinamismo, ello arroja el resultado de que más que instrumento de glorificación la palabra se ha vuelto uno de los medios de la mecanización cada vez más frecuente que aprisiona al hombre de la edad oscura”. Con el riesgo de que “El «Dios ha confirmado» de la «addictio» del pretor” sea hoy reemplazado por «el cerebro lo ha dicho» de la máquina electrónica”.

Sin embargo, no puede negarse que el estilo antiguo ha vuelto a ser propugnado en importantes sectores de la doctrina más reciente. Tanto en cuanto al uso de los instrumentos normativos, como en cuanto al método. En efecto:

Respecto de la utilización de las normas de Derecho, el Profesor Michel Villey (152) vuelve a insistir en que la ley escrita no es el Derecho, sino tan sólo uno de los instrumentos para hallar en cada caso la solución justa, “*alicualis ratio iuris*”, sin supremacía sobre los demás instrumentos; pues, en cada caso, el mejor es aquel que lleva a la solución más adecuada.

“La respuesta —ha escrito el mismo Villey (153)— no se deduce mecánicamente de la regla legal: *Non ex regula ius sumantur*, dice el jurisconsulto romano; no se sigue la ley, sino que con ella se ayuda inteligentemente, sin ser esclavo del enunciado. Como el arquitecto se ayuda con las leyes de la matemática.”

En cuanto al método, el de la vieja escuela jurídica de las regiones forales, completamente adecuado a ese uso ponderado y equilibrado de los instrumentos normativos, vuelve hoy a cobrar actualidad. Es sabido que Aristóteles en su *Organon* desarrolló un método deductivo, silogístico, formal; que Descartes comenzó a tratar la Filosofía de modo geométrico, como Spinoza enunció en el título de uno de sus libros; que Leibnitz imaginó el método jurídico al estilo euclidiano, y que este método ha sido seguido, sobre bases diversas, por los juristas de la Escuela moderna del Derecho natural, por todo el racionalismo jurídico y por la dogmática conceptual. Sin embargo, muy recientemente, se ha vuelto a repensar que era más adecuado al Derecho otro método, también explicado por Aristóteles, en su *Retórica*, en su *Tópica*, en sus *Refutaciones* a los sofistas, que fue el seguido por los jurisconsultos romanos, por Santo Tomás de Aquino y, en general, por los autores de Derecho común. Método de confrontación de opiniones contradictorias, que hay que sopesar,

(151) DI PIETRO, loc. últ. cit., pp. 92 y ss.

(152) MICHEL VILLEY, *Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit*, fascículo III, París, 1963-1964, segunda parte, cap. III, B, pp. 37 y ss.

(153) M. VILLEY, *Abrégé du Droit naturel classique*, III, 2.º, en *Archives de Philosophie du Droit*, pp. 63 y ss., y en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 2.ª ed. París, 1962, pp. 165 y s.

para hallar la más adecuada. El renacimiento científico de ese método para su aplicación al Derecho, ha sido especialmente divulgado en estos últimos años por Viehweg (154), por Perelman (155), por García Baca (156) —al distinguir éste la lógica y la estructura razonable o logoiide de un dominio de los objetos, que es la que estima más adecuada al Derecho—, por Recaséns Siches (157), con su doctrina de *logos de lo humano* o de lo razonable, por Michel Villey (158), etcétera.

16. La pregunta que surge al concluir este análisis de las viejas fuentes del Derecho foral es la misma que se plantearon los juristas de fines del siglo pasado y principios de éste, ante la aplicación a estas regiones de los artículos 5 y 6 del Código civil.

Cegadas sus fuentes legislativas autóctonas por el Decreto de Nueva Planta, el Derecho de las regiones llamadas forales mantenía su vitalidad por la fuerza del Derecho consuetudinario. Impuesta la jerarquía de las fuentes con prelación de la ley y proclamada la ilegalidad de toda costumbre contra ley, quedó la duda de si la prohibición de la misma se circunscribía a la ley general o si se extendía también a la de Derecho foral, produciéndose una subversión en sus propias fuentes y, a la vez, un total anquilosamiento de su derecho escrito, privado así de la vitalidad renovadora y de la adaptabilidad a las nuevas circunstancias características de la costumbre. Hoy las Compilaciones siguen claramente la pauta de estos artículos 5 y 6 del Código civil, y la renovación por la costumbre, sin herir a dichos textos, sólo puede ser alcanzada con la interpretativa *secundum legem* y por la *praeter legem*. Es decir con la que sea derogatoria o modificativa de costumbres y usos anteriores en el escaso ámbito que las compilaciones dejan a unas y otros.

Sin embargo, si el pueblo tiene esa vitalidad propia que se traduce en sus costumbres peculiares, no es fácil que la ley las venza, aunque la aplicación de ésta la impongan los Tribunales en los casos que se les sometan. Hay una presión, una coacción, una represión social que expulsa al miembro que use de la ley contra las costumbres

(154) THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, vers. en castellano, Madrid, 1964.

(155) CHAIM PERELMAN, *Le raisonnement juridique*, en *Etudes Philosophiques*, 1965, 2, p. 135, y en *Raisonnement juridique et Logique juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit* XI, 1966, pp. 10 y ss.

(156) JUAN-DAVID GARCÍA BACA, *Planes de Lógica jurídica*, en *Studia Juridica*, n. 2, en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1958, páginas 13 y ss.

(157) LUIS RECASÉNS SICHES, *Logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1964-1965, pp. 11 y ss., donde precisa la tesis que ya había expuesto en 1956 en su cit. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*.

(158) M. VILLEY, *Liminaire a la Logique du Droit. Données Historiques*, en *Archives de Philosophie du Droit*, XI, 1966, pp. VII y ss.

vividas de verdad. Así lo entendieron la mayor parte de los autores de Derecho foral.

Costa (159) señala varios supuestos en que “leyes y pragmáticas recopiladas quedaron lo mismo que antes sin más imperio que el del papel en que habían sido registradas”. “Es un combate sin tregua —dice— que se prolonga de centuria en centuria a través de toda la historia, entre el legislador y sus pseudo-leyes, de una parte, y la repudiación o no-aceptación del pueblo por otra”.

”A espaldas del Apéndice foral, hoy día —escribía aún no hace veinte años Palá Mediano (160)—, como ayer en contra de lo dispuesto en el Cuerpo legal de Fueros y Observancias, la gente de Aragón, que vivía intensamente nuestro tradicional Derecho, sigue ordenando su vida con arreglo a sus seculares costumbres, a despecho del Código y autoridades.”

”Desconocer el valor de las costumbres es inútil —ha escrito el navarro Lacarra (161)—, porque su fuerza suele ser tan avasalladora que por eso se ha dicho que es más fácil exista costumbre contra ley que no ley contra costumbre.”

”En vano la autoridad legislativa —proclamaba Almeda (162) en su citado discurso, pronunciado como Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona inaugurando el Curso 1907-1908— calificará de corrupción las costumbres contrarias a la Ley y las perseguirá hasta con saña, la costumbre hará su camino, sostenida por la conciencia popular que proclamará la inconveniencia de la ley y su oposición con el bien común, y la ley será vencida porque su potencia será meramente externa y su fuerza prestada. La ley caerá en desuso y cederá su sitio a la costumbre contraria.”

Sin embargo, hoy podemos afirmar que las esencias más íntimas, las raíces más profundas del Derecho foral se hallan en grave peligro de decadencia. La causa no se halla precisamente en el texto de las leyes que proscriben las costumbres contrarias y que las arrinconan y confinan como a los pieles rojas en U.S.A. a las zonas de reserva india. Las verdaderas causas son otras, de tipo sociológico, que trataremos de analizar brevemente a continuación. El peligro que atenta contra el Derecho foral en sus propias fuentes, creemos que primordialmente obedece: al desarraigo, al predominio de los puntos de vista ciudadanos, al impacto de los medios masivos de comunicación audiovisuales y, en suma, a la masificación creciente que se extiende por doquier.

17. El *desarraigo*, nos dice Simone Weil (163), es “una enfermedad casi mortal para las poblaciones sometidas”. Lo es, porque: “El

(159) JOAQUÍN COSTA, *La ignorancia...*, cap. IV, pp. 137 y ss.

(160) PALÁ MEDIANO, loc. cit., p. 200.

(161) LACARRA, op. y vol. cit., art. 5, p. 46.

(162) ALMEDA Y ROIG, loc. cit., p. 24.

(163) SIMONE WEIL, *Le déracinement*, en *L'enracinement*, París, 1949, páginas 45 y ss.

arraigo es tal vez la necesidad más importante del alma humana. Es una de las más difíciles de definir. Un ser humano tiene una raíz por su participación real, activa y natural en la existencia de una colectividad que conserva vivos ciertos tesoros del pasado y ciertos presentimientos del porvenir. Participación natural, es decir, traída automáticamente por el lugar, el nacimiento, la profesión, el contorno. Cada ser humano tiene necesidad de múltiples raíces. Tiene necesidad de recibir casi la totalidad de su vida moral, intelectual, espiritual, por mediación de aquellos medios de los que naturalmente se forma parte”.

La raíz más profunda del hombre es la familiar; y la fuerza de esta raíz, es tanto mayor cuanto más honda sea la adaptación de la propia familia a un medio físico y social determinados.

La razón consiste, en que, en ese caso, será mayor la profundidad de la tradición familiar arraigada en el propio medio y, por tanto, mayor también y más profunda podrá ser la educación adecuada a la vida concreta que en el mismo se viva.

Como ha recordado el profesor Elías de Tejada (164): “la superioridad del hombre sobre los animales proviene de la capacidad de heredar sociológicamente *saberes* de otros hombres, al paso que el animal no hereda otros *saberes* que los instintivos que biológicamente puede recibir”. Si “un hombre es diferente de otros hombres de hace veinte milenios”, es “porque ha recibido sociológicamente saberes de otros hombres en una transmisión que es lo que se denomina Tradición”.

La enseñanza en profundidad puede darla la familia a sus miembros mejor que cualquier otra institución y de modo más adecuado a su medio social y a su ámbito geográfico, físico, político y económico, por esa función suya, que, según Paul Bourget (165), hace de ella un *órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral*, entre los diversos medios, gracias a los cuales en la humanidad, en su constante esfuerzo en su lucha, por la existencia, “cada generación no supone una eterna vuelta a empezar”.

Por eso es patente que, como dice la citada Weil (166): “La oposición entre el porvenir y el pasado es absurda. El porvenir no nos trae nada, no nos da nada; somos nosotros que para construirlo debemos darle todo, incluso nuestra propia vida. Pero para dar, es preciso poseer, y nosotros no poseemos otra vida, otra savia, que los tesoros heredados del pasado y digeridos, asimilados, recreados por nosotros. De todas las necesidades del alma humana, ninguna es más vital que el pasado”.

Ese hecho tiene un significado más vivo en el ámbito rural, y no

(164) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Libertad abstracta y libertades concretas*, cfr. *Verbo*, n. 63, p. 161, y en *Contribución al estudio de los cuerpos intermedios*, p. 127.

(165) PAUL BOURGET, *Reflexions sur l'heritage*, en *Au service de l'ordre*, París, 1929, cap. IX, pp. 173 y ss.

(166) SIMONE WEIL loc. cit., p. 51.

olvidemos que, como antes observamos, el Derecho foral es un Derecho rural. Y, en el campo, como ha observado Helion de Beaulieu (167): “La unión y continuidad de la familia campesina no están ligadas solamente a la transmisión del patrimonio material constituido por la tierra y la casa, sino también a la transmisión del patrimonio moral que constituye la experiencia adquirida por la sucesión de generaciones”.

Esto indica la especial gravedad del desarraigo campesino, que Simone Weil (168) califica de “aún más escandaloso; pues es contra natura que la tierra sea cultivada por seres desarraigados”. Pero el desarraigo campesino lleva también a la despoblación del campo, que “en su límite es la muerte social”.

¿Como se cubrirá esos desiertos que se crean, allí donde no se consideren denfitivamente despoblados? ¿Con gente de regiones más pobres, sin tradiciones adaptadas al nuevo medio? ¿Por obreros agrarios traídos también de fuera por las nuevas sociedades agrarias que algunos propugnan como panacea?

En otra ocasión (169) observávamos que “del mismo modo que el el agro la erosión se evita con vegetales de tamaños distintos, según las circunstancias, o con la combinación de unos y otros—árboles, arbustos y herbáceas—, de igual modo, la erosión humana se evita mejor conservando heredades campesinas de distintas dimensiones y riquezas, con funciones sociales distintas, que suministren las personas que hagan de levadura y forjen los mentores naturales de la comarca. Mariano Nogués (170) había prevenido que “si no hay propietarios grandes la ignorancia, el envilecimiento, durará una o dos generaciones, porque pasará como un torrente que iguala el terreno; sí, pero aniquilándolo y llevándose la sustancia”... Lo mismo ocurre con la desaparición de profesionales y de oficios rectores, por amortización, vacante, absentismo, falta de permanencia...

El desnivel económico campo-ciudad impulsa el absentismo, que repercute por recíproca influencia de unos a otros ámbitos sociales.

Pero Simone Weil (171) señala como los dos venenos principales que producen el desarraigo: al dinero y al Estado: “Uno es el dinero. El dinero destruye las raíces en todas las partes donde penetra, reemplazando todos los demás móviles por el deseo de ganancia. Le impone sin dificultad a los otros móviles porque reclama un esfuerzo de atención ciertamente menor”. Un posible remedio consistiría en

(167) HELION DE BEAULIEU, *El Campesinado*, vers. castellana de Speiro, Sociedad Anónima, Madrid, 1963, p. 48, y en *Verbo*, n. 30, p. 48.

(168) SIMONE WEIL, p. 73.

(169) Prólogo a *El Campesinado*, cit., p. 18, y *Verbo* 30, p. 48, y en *La agricultura y la explotación familiar*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, LXIII, enero-marzo 1964, pp. 119 y s.

(170) Dr. Mariano Nogués, citado por LUIS FRANCO Y LÓPEZ en su *Memoria de las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1886, p. 87.

(171) SIMONE WEIL, loc. cit., pp. 46 y 89.

“considerar la tierra como un medio de trabajo, y no como una riqueza en el reparto de las herencias. Así no se contemplaría ya el espectáculo escandaloso de un campesino endeudado para todo el transcurso de su vida para con un hermano funcionario que trabaja menos y gana más”.

Spengler (172) nos recuerda la advertencia del Barón de Stein: “Quien moviliza el suelo lo deshace en polvo”, y explica que, con ella, “alude a un peligro de toda cultura”.

El segundo veneno, a juicio de la sensible Weil (173), es el Estado, que da lugar a lo que ella llama desarraigo geográfico, por el que desaparecen todas las comunidades menores que la nación...: “el desarrollo del Estado agota al país. El Estado come la sustancia moral del país, de ella vive y engorda, hasta que el alimento se agota”. Al desaparecer esas comunidades desaparecen las costumbres que constituyen el enlace vital del pueblo con su medio geográfico, el cordón umbilical con la madre tierra se rompe.

18. El predominio de los medios urbanos sobre los rústicos, impulsado por el Estado, económica (174), políticamente (175) y culturalmente, tiene honda repercusión por la última circunstancia señalada en el modo de sentir y pensar del hombre, atacando a aquello que le permite el contacto táctil con el orden de la naturaleza y su comprensión racional subsiguiente.

---

(172) OSWALD SPENGLER, *La decadencia de Occidente*, trad. de M. G. Morente, Madrid, 1945, vol. IV, cap. V, A, 3, p. 325.

(173) WEIL, p. 106.

(174) Cfr. HENRI CHARLIER, *Comment sauver l'enseignement libre*, en *Itinéraires*, suplemento del n. 106, sept.-oct. 1966, pp. 79 y s.: “Nuestro gobierno lanza a los campesinos de la tierra con un conjunto de medidas combinadas para hacer creer en la necesidad de este éxodo. Por debajo de 70 Qm. de trigo (que hoy puede ser el rendimiento de 2 a 3 Ha.) —no se trata, pues, de la gran propiedad—, el trigo no es pagado a mayor precio que en 1951 [escribe en 1966], siendo así que todo cuanto los campesinos compran les cuesta más del doble. Es hacerles la vida imposible, e imposibilitarles también para aumentar los salarios agrícolas, a fin de retener una mano de obra que actualmente les falta. Los tecnócratas del gobierno suministran así peones a la industria, y éstos, a la primera crisis sería (que vendrá), quedarán sin empleo. Los hechos, por sí mismos, testimonian estas intenciones del Gobierno. La riqueza ya no es agrícola, es bancaria e industrial. Para constreñir a nuestros agricultores a que vayan a trabajar en las fábricas no ha habido más que un medio, el de impedirles que se ganen la vida”.

(175) Cfr. BERTRAN RUSSELL, *El impacto de la ciencia en la sociedad*, versión en castellano de J. Novella Domingo, Madrid, 1967, pp. 131 y s.: dice llegar—tal vez con cierta exageración— a una conclusión que se ignora con mucha frecuencia: La industria, excepto la que sirve directamente las necesidades de la agricultura, es un lujo, en los malos tiempos sus productos serán invendibles, y tan sólo la fuerza dirigida contra los productores de alimentos podrán mantener vivos a los trabajadores industriales, y ello solamente si se dejan que mueran muchos de los que producen comida. Si los malos tiempos se hacen cosa común, ha de inferirse que la industria decaerá y que la industrialización característica de los últimos ciento cuarenta años será rudamente refrenada.

“El habitante de las grandes ciudades —nos dice Lersch (176)— no vive ya en contacto inmediato con la vida que nace y crece, sino que se mueve inmerso, casi exclusivamente, en un ámbito de productos y artefactos técnicos. Su pie no huella ya el suelo de la tierra vívica, sino el producto técnico del asfalto o del pavimento hecho de adoquines. No contempla ya la naturaleza verde y palpitante, sino las gruesas moles de piedra de los rascacielos contruidos por la mano del hombre. Por todas partes le rodean la piedra y el acero.”

Incluso, como nota Nels Anderson (177), el ritmo del hombre de la ciudad “no está controlado por los ciclos de la naturaleza, sino que es medido por el tic-tac del reloj. En él debe ser coordinado el movimiento de hombres y máquinas”.

Con la pérdida de la percepción plena de lo real va insita la negativa a recoger de ella la realidad del mundo. De Corte (178) lo destaca:

“La negación del “lazo nupcial” que une al hombre al universo desde su llegada al mundo, ha acarreado la desestimación de esta experiencia vital que lastra con el peso todas las facultades, las acciones y las empresas humanas. La inteligencia del hombre, en particular, renuncia a recibir activamente por medio de este cordón umbilical, que lo une con el mundo real, la realidad de los seres y de las cosas”... “La filosofía práctica y teórica, la concepción del hombre, del mundo y de Dios, no proceden ya de la experiencia, sino que son prefabricadas mediante la razón, admitidas o rechazadas según su conformidad o no conformidad a las normas dictadas por el espíritu autónomo, sometiéndolo todo a sus métodos, a sus procedimientos, a su legislación universal.”

Así, la ciudad moderna, a juicio de Di Pietro (179), no es ya la ciudad del hombre de la tierra, sino que, en ese sentido, “tiene un origen caínico”, en la que el hombre se establece “para huir de la tierra”, y, en ella, “reniega de ésta”.

Esta ciudad, prosigue, “está escindida de la madre Tierra, y a su vez la Justicia ha dejado de ser la coronación de los niveles anteriores, por cuanto para que sea tal debe existir vertebración de los órdenes, y éstos no están ordenados, y más aún no son tales. De ahí que la Justicia de nuestro tiempo tenga todos los vicios contrarios de lo que enseña la *iustissima tellus*: el amor a la realidad ha sido reemplazado por la *sujeción a lo abstracto*, vicio por el cual la mente de los juristas y de los jueces abandona la realidad y se convierte en esclava de los principios teóricos enunciados en forma de preceptos genéricos; el sabio concepto del *imperium*, por el cual el pretor apli-

(176) PHILIPP LERSCH, *El hombre en la actualidad*, vers. castellana de José Pérez Riesco, Madrid, 1958, cap. IV, C, pp. 54 y s.

(177) NELS ANDERSON, *Sociología de la comunidad urbana*, vers. castellana, México, 1965, p. 588.

(178) MARCEL DE CORTE, *La educación política*, n. 3, en *Actes du Congrès de Lausanne*, III, pp. 74 y s., y *Verbo* 54, p. 646.

(179) DI PIETRO, *Iustissima tellus*, pp. 66 y ss.

caba la *humanitas* a la litis planteada, ha sido reemplazado por el mero concepto de la “*techné*”, en virtud del cual el Juez se convierte en un simple engranaje aplicador de leyes abstractas; y el concepto de la *trascendencia* divina de la labor del pretor se ha visto profanado por el criterio de la *inmanencia* humana, en virtud de la cual el Derecho es un círculo cerrado antropocéntrico, en el cual el hombre se crea las reglas para regirse a sí mismo”.

Así, el ciudadano se halla inclinado a resolver sobre el papel, en el cual lo visual, planificado o proyectado en un espacio tridimensional cerrado, al decir de Mc Luhan (180), le aísla de las otras percepciones sensoriales, y la iluminación externa, desde su punto de vista, le impide sentir la transparencia que sólo desde dentro puede dar la plenitud de la percepción interna (181). Al aislarse en lo visual “el sentimiento de interacción y transparencia de la trama del ser se seca y el pensamiento humano no se siente ya como formando parte de las cosas” (182).

El equilibrio y plenitud de percepción sensorial, característico que presida el alumbramiento del Derecho foral, se pierde y, sin él, sus fuentes no resultan comprensibles.

19. *El impacto de los medios audio-visuales o filmicos* de comunicación de masas, es cada vez mayor.

“La nueva galaxia eléctrica de acontecimientos —dice Mc Luhan (183)— ha penetrado ya profundamente en la galaxia Gutenberg.”

Ciertamente ese modo de percepción es más táctil que la imprenta y más completo que los puramente visuales tipografiados. Pero se trata de una percepción muy distinta de la plena percepción que del mundo tiene el hombre de la tierra. Oigamos lo que nos dicen Cohen-Séat y Fougeyrollas (184):

“En las sociedades del pasado la representación del mundo se hallaba en cierta situación de dependencia frente a las relaciones del hombre con su contorno material y las relaciones sociales inmediatas de los hombres entre sí.”

“Hoy la representación del mundo, la imagen concreta y la idea que de él se forma el hombre, aparecen cada vez más como productos de una *información* nueva totalmente.” Se le añaden “puros mundos de percepción”, producidos eminentemente por los procesos de cine y televisión”, que “son mundos imaginarios, subdeterminantes de lo real inmediato...”.

Así, la información filmica, crea “un mundo del que ciertamente puede decirse que es un mundo inagnairio”, pero que “transforma tan

(180) MC LUHAN, op. cit., p. 47.

(181) *Ibid*, p. 130 y pp. 137 y s.

(182) *Ibid*, p. 293.

(183) *Ibid*, p. 336.

(184) GILBERT COHEN-SÉAT y PIERRE FOUGEYROLLAS, *L'action sur l'homme. Cinema television, Introducción*, pp. 10 y s.

profundamente la existencia del hombre, integrándolo en este mundo, que se convierte, por decirlo así, en un mundo subreal”.

Estos mismos autores (185) hacen notar que la jerarquía entre las *funciones fundamentales*, las *funciones de perfeccionamiento* y las *funciones artificiales*, tienden a modificarse por la intervención de estos medios de información: “La potencia de las imágenes visuales (filmicas) introduce principalmente un nuevo dinamismo de interacción entre funciones y necesidades artificiales, que favorece de un modo tal vez decisivo el tercer nivel funcional en detrimento de los primeros.” “¿Para qué servirá favorecer la maduración de las funciones fundamentales y suscitar el desarrollo de las funciones de perfeccionamiento, si las perturbaciones artificiales deben arruinar por su despliegue caótico el equilibrio seguido?” A la vez “se modifica la relación entre lo racional y lo irracional en el hombre”.

Por esos medios el hombre contemporáneo se uniformiza, continúan estos autores (186), “sometido a la potencia fotogénica y empujado hacia la empatía”. “La sociedad industrial —añaden (187)— el desarrollo de la cual ha producido la desaparición de las antiguas comunidades, ha tendido a hacer desaparecer, por ello mismo, los vínculos comunitarios que existen entre los individuos. El estado de masa tiende actualmente a integrar a estos individuos en una comunidad invisible, planetaria y uniformante, de la cual, corrientemente, no tiene conciencia”.

El alba de la era electrónica puede llevar así, según Mc Luhan (188) a englobar “totalmente la gran familia humana entera en una sola tribu global”... en trance en pleno día, por la fuerza de los medios audiovisuales de comunicación, como por la noche al compás del tam-tam y al conjuro del brujo lo están las tribus salvajes.

20. *La masificación* aparece, pues, contrapuesta a la concepción de nuestros Derechos forales. Joaquín Costa, el Obispo Torras i Bages y Prat de la Riba lo percibieron con claridad.

El primero (189) había ya vislumbrado, una década antes de los primeros trabajos de Le Bon sobre las “*foules*”, la contraposición del pueblo orgánicamente constituido y dotado de libertad civil, con respecto a “una masa inorgánica, que recibe el impulso y dirección de los poderes oficiales, estimados no como representantes suyos e intérpretes de su pensamiento, sino como entidades superiores que son de por sí”, y que entonces el Estado “no es el conjunto todo del pueblo, sino los organismos públicos tan sólo”.

El segundo (190), pocos años después, pero antes también de las

(185) COHEN-SÉAT y FOUGEYROLLAS, op. cit., cap. II, pp. 80 y s.

(186) *Ibid*, cap. II, pp. 63 y ss.

(187) *Ibid*, cap. II, pp. 98 y s.

(188) Mc LUHAN, op. cit., pp. 13 y ss., 94 y 266.

(189) COSTA, *Renovación del Código por la costumbre*, en *La libertad civil* y..., cap. VI, p. 167.

(190) JOSEP TORRRAS I BAGES, op. cit., Lib. I, cap. VIII, pp. 60 y s.

publicaciones de Le Bon, explicaba que: "Los países que tuvieron verdadera civilización estaban formados no del conjunto de innumerables individuos sin ligamen que los hiciera tierra inapta para el cultivo y la edificación, como el arrenal del moderno individualismo egoísta y romo, masas fáciles de ser trastocadas por las pasiones sociales, que se llaman *revoluciones*, sino que la entidad social, los hombres, no eran granos de arena movedizos, ya que, unidos entre sí, formaban el organismo social, en relación con las circunstancias del tiempo y del país, y constituían un terreno firme sobre el cual se podía edificar por largo tiempo..." "si la disciplina de las facultades humanas llegó a cierta perfección, haciendo sólidas instituciones sociales, se debe al organismo interno de aquellas sociedades, que las preservaba de aquella continua mudanza y falta de fijeza de los pueblos modernos, que dentro de poco tiempo ni pueblos podrán ser llamados, sino turbas".

Y Prat de la Riba (191), contraponen a las turbas las *colectividades organizadas* que: "poseen un espíritu que es fruto preciado y obra capital de innumerables generaciones, síntesis de progresos alcanzados a costa de sacrificios, resultado de abnegaciones y heroísmo sin cuento; el instrumento de su formación es la *educación* que moldea los espíritus al calor de unas mismas ideas y les infunde unos mismos sentimientos; su condición indispensable, el transcurso del tiempo; sus rasgos característicos, la permanencia, la resistencia a las inovaciones, una viva capacidad extraordinaria que triunfa de todos los obstáculos". Y añadía: "para que la turba exista, es necesario que esta pluralidad o multitud carezca de autoridad directora, es necesario la continuidad y el contacto físico entre los elementos que la componen (condición indispensable para la creación del *espíritu* de turba que nace principalmente del contagio), es necesario un acontecimiento, un hecho o serie de hechos, que imprima un movimiento afectivo o pasional común a los individuos componentes".

A medida que va desapareciendo ese tipo de sociedad, el moderno *Derechos de masas*, tal como lo contemplamos hoy (192) ha de resultar constantemente un Derecho nuevo. Un Derecho que no puede ser creado por las costumbres de un pueblo ni brotar de abajo hacia arriba, pues, dado el carácter amorfo de la masa, o su falta de responsabilidad y de iniciativa, ha de ser un Derecho legislado, emanado del poder público, que atienda a la dirección y a la protección de esa masa.

El Derecho de masas suele ser por necesidad un Derecho coercitivo que obedece a un orden planificado, más o menos intensamente y más o menos imperativamente. Emanan del Estado, no del cuerpo

(191) ENRIQUE PRAT DE LA RIBA, *Psicología de las multitudes. La era de las multitudes*, en *Miscelánea Jurídica de Rev. Jur. de Cataluña*, vol. I, 1895, pp. 42 y ss.

(192) *Sociedad de masas y Derecho*, véase en especial II parte, capítulo I. n. 62.

social; puesto que a éste —nivelado y amorfo— se le considera necesitado de protección, sometido a tutela.

Nuestro Derecho tradicional partía del conocimiento y aprovechamiento de una naturaleza, que podía ser utilizada, ordenada, mejorada, pero de la que no podíamos sustraernos y de la que, por tanto, no era posible prescindir. La fórmula clásica *ars addita naturae* expresa claramente esa posición. Por el contrario, el actual Derecho de masas —dirigido a multitudes desarraigadas y sin tradición— no sólo suele olvidarse de la naturaleza, sino que generalmente pretende cambiarla totalmente, radicalmente para adaptarlo todo a su pretendido orden artificial.

Por otra parte, en el terreno positivo, comprobamos que, en general, suele faltar al Derecho de masas una visión social plena y una perspectiva histórica dilatada y orientada hacia el futuro. Casi siempre obedece a dos puntos de vista antitéticos y antagónicos. En general, arranca de un ideal abstracto de igualdad; pero, muchas veces sólo trata de resolver empíricamente las necesidades nuevas actuales, urgentes, graves y apremiantes. Lo cual procura con visión especializada, concreta y, por ende, en dicho sentido, parcial y temporal. Por eso, no es raro que al solucionar un problema nos cree otro nuevo, que cure una enfermedad aguda actual y provoque otra para el futuro, próximo o remoto, tal vez crónica.

Estas son las perspectivas y el dilema que se presenta ante un futuro, ya inmediato.

# La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión

DIEGO ESPIN CANOVAS

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Conflicto entre la ineficacia del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión.*—II. *Sistema de la prescripción de la acción de nulidad.*: 1. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho francés. 2. La imprescriptibilidad de la excepción en Derecho francés. 3. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho belga. 4. La imprescriptibilidad de la excepción en Derecho belga.—III. *Sistema de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.*: 5. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en Derecho italiano. 6. La usucapión y la acción de nulidad en Derecho italiano. 7. La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad en Derecho italiano. 8. Código civil portugués de 1867: perpetuidad de la acción de nulidad. 9. Código civil portugués de 1966; perpetuidad de la nulidad.—IV. *Derecho español*: 10. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad. 11. La imprescriptibilidad de la excepción de nulidad. 12. La usucapión y la acción de nulidad. 13. La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad.—V. *Observaciones críticas*: 14. Argumentos en favor de la imprescriptibilidad. 15. Compatibilidad entre la perpetuidad de la acción de nulidad y los efectos de la prescripción de las acciones de repetición y de la usucapión extraordinaria.

## I. CONFLICTO ENTRE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO Y LOS EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y DE LA USUCAPIÓN

Dentro de la amplia temática de la ineficacia del negocio jurídico y acotando su campo a la categoría de la nulidad y anulabilidad, cabe plantear el tema de la aplicación al negocio jurídico nulo o anulable de los efectos tanto de la usucapión como de la prescripción extintiva.

En relación con la prescripción extintiva el problema se plantea de modo insoslayable desde el momento en que la prescripción extintiva propende a abarcar toda clase de derechos y acciones, por lo que en principio también la acción encaminada a declarar la nulidad o anulabilidad del negocio debiera de prescribir dentro del plazo que legalmente

le fuese aplicable. Pero si bien respecto a la anulabilidad no surge problema alguno, encaminada como está a proteger un interés privado que puede ser suficientemente protegido mediante la posibilidad de ejercitar la acción de anulación durante un tiempo determinado, en cambio respecto a la nulidad, que ampara un interés público y general, puede estimarse contradictorio el que el negocio que es nulo por contrariar normas de interés público, pueda llegar a consolidarse de hecho a través de la institución de la prescripción, si se admite que la acción para constatar la nulidad del negocio queda sometida a la regla general de la prescripción de todos los derechos y acciones.

Así visto el problema, parecen oponerse la ineficacia insanable y absoluta del negocio nulo como contrario a normas imperativas y de orden público con la institución de la prescripción extintiva. El fundamento de la nulidad absoluta reposa como acabamos de indicar en la sanción de los actos contrarios a la ley como modo de mantener el imperio de ésta cuando la autonomía privada no respete los límites impuestos por la ley, la moral o el orden público (art. 1.255 del Código civil).

Pero también paradójicamente, la prescripción extintiva trata, en interés general, de mantener la estabilidad de las relaciones sociales que están en la base de las relaciones jurídicas, extinguiendo todos los derechos que no hayan sido ejercitados adecuadamente dentro de los plazos temporales que la ley estima suficientes según los casos. Por excepción, tradicionalmente, las acciones divisorias (art. 1.965 del Código civil) y algunas más que la doctrina y jurisprudencia destacan, son imprescriptibles.

Entre ambos principios de interés general, la sanción del negocio contrario a la ley imperativa y la prescripción de los derechos, hay que situar el tema que examinamos para decidir en favor de la aplicación de uno de los dos. Como veremos en el curso de nuestra exposición mientras unos sistemas jurídicos mantienen la tesis de la prescripción, o sea el predominio de la institución de la prescripción extintiva sobre el principio de la sanción del acto contrario a la ley, otros sistemas se inclinan por la opuesta solución de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, lo que equivale a inclinarse en favor del principio de lógica jurídica, *quod nullum est, nullum producit effectum*, quedando postergado el principio de la prescripción que trata de asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Sin embargo frente a este planteamiento liminar y en exceso simplificador, hay que hacer notar desde ahora que otras cuestiones vienen a entrecruzarse y hacer más compleja la solución práctica a que se llegue, como veremos en el curso de este trabajo.

También el instituto de la usucapación plantea de forma similar un conflicto de aplicación en torno a la nulidad del negocio jurídico contrario a la ley, ya que dicha ineficacia parece exigir que no pueda crearse a su amparo ninguna clase de efectos positivos y mucho menos enervadores de derechos ajenos. No obstante, la usucapación, en

su misión paralela a la de la prescripción extintiva, de estabilizar las relaciones jurídicas, propende a consolidar las situaciones de hecho que dentro de cierto ámbito se realicen aun cuando vayan a afectar a cosas o derechos que hayan constituido el objeto de negocios jurídicos nulos. Igual que en el caso de la prescripción extintiva, habremos de elegir aquí entre la preferencia del principio de ineficacia del negocio jurídico que mantiene la sanción del acto contrario a la ley, o la norma que protege la seguridad jurídica basada en la posesión de cosas y derechos con los requisitos determinados por la ley.

El equilibrio en la aplicación de estos diversos principios requiere especial tacto por parte del legislador y cuando no exista expresa solución normativa, la interpretación por vía jurisprudencial o doctrinal, habrá de tener el mismo tacto para conseguir soluciones de derecho positivo que dentro de la Ley tengan en cuenta tanto la seguridad jurídica como la función social del Derecho tan acusada en nuestra época.

## II. SISTEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

### 1. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho francés.

La doctrina discute si será aplicable la regla general según la cual "todas las acciones tanto reales como personales, prescriben por el plazo de 30 años" (art. 2.262), ya que el Código no resuelve expresamente nada sobre la nulidad absoluta.

En la jurisprudencia a pesar de algunas vacilaciones, parece predominar la opinión favorable a la prescripción (1), y también parece predominar en la doctrina, alegándose en su favor que el fundamento de la prescripción general de 30 años es también válido para la acción de nulidad absoluta, a saber, incitar a todos los que sean titulares de derechos, a ejercitarlos sin esperar indefinidamente (2), o bien que debe aplicarse la prescripción a todas las nulidades pues su fundamento consiste en que el tiempo, en interés de la paz social, cubra las situaciones irregulares, así como evitar las dificultades de prueba de los hechos muy antiguos (3).

La objeción contra la prescriptibilidad consiste en que el acto falto de un elemento esencial, no puede vivificarse por el transcurso del tiempo. Para algunos la objeción se salvaría admitiendo la noción de la inexistencia, ya que mientras para la nulidad absoluta operaría la prescripción en cambio para la inexistencia, ni el tiempo le permitiría

(1) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, París, 1961, núm. 158 y nota 2.

(2) MAZEAUD, *Leçons*, I, núm. 354, pág. 380, 4.ª ed., Juglart. París, 1967.

(3) ESMEIN, en *Planiol y Ripert*, VI, núm. 310, pág. 393, 2.ª ed.; MARTY y RAYNAUD, II-1.º, núm. 205.

adquirir consistencia, ni tampoco sería necesaria su anulación judicial (4).

Aunque en la doctrina y jurisprudencia francesa parece predominar en la actualidad la tesis de la prescripción de la acción de nulidad absoluta, conviene examinar más detenidamente el estado de la cuestión y las opiniones divergentes.

En primer lugar partiendo de la concepción de la inexistencia de los negocios jurídicos como categoría distinta de la nulidad absoluta, se ha propugnado la inaplicación de la prescripción (art. 2.262) a los actos inexistentes. La posibilidad de prevalerse del acto inexistente, por el transcurso de los treinta años de prescripción, se rechaza por la consideración de que lo inexistente no puede devenir eficaz por el transcurso del tiempo por largo que sea (5).

Sin embargo, dentro de la tesis de la imprescriptibilidad de la acción que tiende a constatar la inexistencia del acto, se establece la distinción entre dicha acción imprescriptible y las acciones personales que tienden a eliminar las consecuencias de la ejecución del acto jurídicamente inexistente, las cuales sí se extinguirán por la prescripción treintenual; el acto sigue siendo inexistente, pero las acciones de restitución o repetición se extinguen por la prescripción (6).

También para los que admiten la distinción entre la inexistencia y la nulidad absoluta, se ha mantenido por algunos la tesis de la imprescriptibilidad de la acción que tiende a constatar dicha nulidad. Se alega que, no obstante, el sentido aparentemente absoluto del artículo 2.262, "la ley rechaza permanentemente y por sí misma, el acto que prohíbe; lo reduce a un puro hecho que no puede ser confirmado ni autorizado y que no produce ningún derecho", por lo que la nulidad puede siempre ser invocada (7). Pero aquí también se advierte, por los que siguen la tesis de la imprescriptibilidad, que la cuestión es más bien teórica, pues si bien a los treinta años la nulidad no habrá prescrito, las acciones de restitución o repetición se habrán extinguido por dicha prescripción. El acto no se habrá convalidado pero su ejecución será mantenida de hecho (8).

Frente a la tesis de la imprescriptibilidad la doctrina actual se inclina abiertamente hacia la sumisión de la acción de nulidad absoluta a la regla de Derecho común que representa la prescripción treintenual.

Como hemos visto se alega como fundamento de la prescripción de la acción de nulidad que en este caso como en todos los que actúa

(4) MARTY y RAYNAUD, II-1.º, núm. 205, pág. 186.

(5) AUBRY y RAU, 5.ª ed., I, pág. 180; BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Traité*, XXV, *De la prescription*, 3.ª ed., París, 1905, núm. 589, pág. 437.

(6) BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, *Traité*, XXV, núm. 589.

(7) DUNOD, citado por BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, loc. cit., afirma que la imprescriptibilidad era la opinión más común en el antiguo Derecho.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE y TISSIER, siguen también dicha tesis, como en el caso de la inexistencia.

la prescripción es necesario poner de acuerdo el derecho con un estado de hecho que se ha prolongado largo tiempo (9); que la aplicación de la regla de la prescripción, en este supuesto como en todos, se justifica por razón de incitar a todo titular de un derecho a ejercitarlo sin esperar indefinidamente (10); que debe de aplicarse la prescripción a todas las nulidades, pues su fundamento consiste en que el tiempo, en interés de la paz social, cubra las situaciones irregulares, así como el evitar las dificultades de prueba de los hechos muy antiguos (11).

Aún dentro de esta general aceptación de la prescriptibilidad de la nulidad absoluta (12), se atenúa esta doctrina en los autores que aceptan la categoría de la inexistencia, pensando que sería la clave de la cuestión. Frente a la objeción fundamental contra la prescriptibilidad de que el transcurso del tiempo no puede vivificar un acto al que le falta un elemento esencial o está prohibido por la ley, en la inexistencia ni el tiempo vivificaría el acto, ni sería preciso ejercitar la acción de nulidad; la nulidad se produciría de pleno derecho y siempre sería posible hacer constar, si fuera preciso, que jamás existió el acto (13). La inexistencia, se afirma, actuaría de límite a la tesis de la prescriptibilidad treintenaria: "hay casos en que la irregularidad es tan grave que no se concibe que pueda ser cubierta, incluso por la prescripción treintenaria" (14).

La jurisprudencia aplica desde antiguo la regla de la prescripción treintenaria a la acción de nulidad, y continúa manteniendo la misma posición (15).

## 2. La imprescriptibilidad de la excepción en Derecho francés.

Cuestión distinta es la prescriptibilidad de la excepción de nulidad, respecto a la cual una regla tradicional proclama su perpetuidad: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (16). La jurisprudencia no sólo aplica esta regla a la nulidad relativa respecto a la prescripción decenal establecida para la misma (art. 1.304),

(9) MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1.º, núm. 205, pág. 186, París, 1962.

(10) MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, I, 1.º, núm. 354, pág. 380, 4.º ed. por Juglart, París, 1967.

(11) ESMEIN, en *Planiol y Ripert, Traité pratique de Droit civil*, VI, núm. 310, pág. 393, 2.ª ed.

(12) ESMEIN, MARTY Y RAYNAUD, MAZEAUD, loc. cit. notas anteriores; WEIL, *Droit civil*, I, núm. 393, París, 1968; CARBONNIER, *Droit civil*, II, 2.ª, núm. 131, pág. 433, París, 1957.

(13) MARTY Y RAYNAUD, II, 1.º, núm. 205.

(14) WEIL, *Droit civil*, I, núm. 394.

(15) S. 5 mayo 1879; sobre la reciente Sentencia del Tribunal de casación de 16 noviembre 1932: nota de ESMEIN, D. H., 1933, 4; H. MAZEAUD, *Nouveau guide des exercices pratiques*, 1er. anné, exer. núm. 6.

(16) DESSAUX, L'article 1304 du Code civil et le principe de la perpétuité de l'exception (tesis, París, 1937). Antes: Giscard, *Etude sur l'origine de la maxime quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (tesis, París, 1888).

sino con alcance más general también a las nulidades absolutas, excluyéndola solamente en relación con los plazos de caducidad (17).

La regla no puede tener hoy el mismo fundamento que en Roma, ligado a una determinada estructura procesal, pero se ponen de relieve diversas razones como fundamento para su aplicación actual. Como argumento de interpretación literal, se advierte que los preceptos legales sobre prescripción hablan de las acciones solamente; como fundamento intrínseco se destaca su función de freno a los efectos de la prescripción de la acción ya que el deudor que no ejercita la acción de nulidad, dejándola prescribir, quizá por ignorancia, se vería desarmado contra la ulterior demanda del acreedor, al cual a pesar de la prescripción de la acción podrá oponer la perpetuidad de la excepción de nulidad; como justificación práctica se alega que evita al deudor ejercitar la acción de nulidad para verse preventivamente liberado de la reclamación del acreedor, ya que si éste reclama, después de prescrita la acción, cabe oponerle la excepción.

Como especial fundamento de la perpetuidad de la excepción en relación con la nulidad absoluta, se alega que para las nulidades de orden público rehusar la excepción sería permitir el concurso de la justicia para realizar el acto que se estima peligroso para el bien común (18).

Pero la alegación de la excepción de nulidad, exige cierta situación del que pretende ampararse en la nulidad del negocio en relación con la ejecución del mismo. La doctrina francesa, basándose en decisiones jurisprudenciales estima que no puede alegar la excepción después de la prescripción de la acción, la parte que ejecutó el contrato. Sólo corresponde la excepción a quien no habiendo ejecutado el contrato se ve demandado por una acción de reclamación de cumplimiento (19).

La exigencia de no haber ejecutado por su parte el contrato para poder ampararse en la excepción de nulidad de dicho contrato, hay que ponerla en relación con la conducta de las partes puesto que sería contradictorio que en un contrato, la misma parte que lo ejecutó pueda luego pretender la anulación alegando la nulidad por vía de excepción. Ejecución y nulidad se excluyen. La ejecución es una conducta frente al contrato que impide posteriormente, otra conducta contradictoria. Sería aplicable a esta contradicción la regla "*venire contra factum*".

---

(17) MARTY Y RAYNAUD, II, 1.º, núm. 209.

(18) ESMEIN, VI, núm. 310.

(19) MARTY Y RAYNAUD, II, 1.º, núm. 209.

### 3. La prescripción de la acción de nulidad en Derecho belga.

En la doctrina belga se rechaza la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad con los mismos argumentos que en la doctrina francesa, estimando que la regla de la prescripción treintenala es absolutamente general, comprendiendo tanto las acciones reales como las personales. El fundamento de la aplicación de la prescripción se basa por tanto en varios argumentos:

1.º Argumento literal ya que el art. 2.262 se refiere a “todas las acciones tanto reales como personales”, sin excluir la acción de nulidad absoluta.

2.º Argumento derivado del fundamento de la prescripción, ya que se trata de buscar la estabilidad de las relaciones, sin que exista razón para excluir de ese fundamento la acción de nulidad absoluta.

3.º Argumento derivado del efecto de la prescriptibilidad, ya que ésta no viene a reconocer la existencia legal del acto prohibido por la ley, sino que se limita a impedir el ejercicio de las acciones que tienden a hacer pronunciar la nulidad (20).

En cuanto al apoyo que la tesis de la imprescriptibilidad encuentre en la categoría de la “inexistencia” del negocio jurídico, como quiera que esta categoría es tan controvertida se comprende fácilmente que los que se pronuncian de modo más categórico por la prescriptibilidad de la nulidad, niegan la inexistencia, considerándola como “noción falsa” (21).

### 4. La imprescriptibilidad de la excepción de nulidad en Derecho belga.

La doctrina belga se plantea la cuestión de si existe en el Derecho actual razón para admitir la antigua regla romana “*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*” ya que en Derecho romano la acción de nulidad sólo se admitía si el acto viciado había sido ya ejecutado mientras que si no lo había sido, la protección de la víctima se realiza por la excepción, la cual duraba tanto como la acción nacida del contrato, a la cual se oponía. La diferencia con el Derecho actual consistía en que si no se había ejecutado el contrato

---

(20) DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2.ª ed., II, núm. 783, Bruxelles, 1948. El último argumento se apoya en la Sentencia del Tribunal de casación francés de 5 de mayo de 1879: “la disposición del art. 2.262 es general y se aplica particularmente al caso en que se trate de nulidad radical y de orden público; la prescripción así establecida no tiene por efecto el dar a la convención prohibida una existencia legal, pero destruye todas las acciones que tienden a hacer pronunciar la anulación”.

(21) DE PAGE, II, núm. 783: “la théorie de l’imprescriptibilité, soutenue par certains, se base sur la notion fautive des actes *inexistents*. D’ailleurs, les auteurs qui la soutiennent reconnaissent aux-mêmes que cette imprescriptibilité est théorique, car les actions en restitutions et en répétition, suite de l’assimilation, sont en tout cas atteintes par la prescription trentenaire”.

la iniciativa de la nulidad no le pertenecía; pero en el Derecho belga la acción de nulidad corresponde a la víctima desde que se celebra el contrato sin distinguir si ha sido ejecutado o no, por lo que cabe pensar si subsistirá la regla romana o más bien debe considerarse derogada por faltarle la razón de ser (22).

En contra de la aplicación de la regla romana se alega además de la diferente estructura de las acciones, ya expuesta, que es contradictorio hacer revivir, bajo forma de excepción, un derecho que la ley ha extinguido definitivamente bajo forma de acción (23).

Sin embargo, en la doctrina prevalece la opinión favorable a la aplicación de la máxima "*quae temporalia...*" puesto que el Código habla de la prescripción de la acción, pero no de la excepción. También la jurisprudencia mantiene la misma posición (24).

Frente a la argumentación contraria a la aplicación de la máxima romana, la doctrina dominante y la jurisprudencia, piensan, en efecto, que debe de recibir aplicación por "imperiosas consideraciones de utilidad práctica". Si una parte, de mala fe, deja pasar el tiempo de prescripción de la acción de nulidad antes de exigir la ejecución de un acto viciado de nulidad, la otra parte que sufrió el vicio (que incluso podía ignorar la existencia del acto, como el menor) se encontraría en la situación de no poder pedir la nulidad por haber prescrito la acción y tener que ejecutar el acto. Para evitar esta situación injusta se piensa que la excepción de nulidad deberá durar, por lo menos, tanto como la acción de ejecución del contrato.

A la vista de estas consideraciones se estima que la regla de la perpetuidad de la excepción de nulidad, si bien no expresada en los textos del Código napoleónico, no se opone tampoco a los mismos, sirviendo de regla complementaria, supletiva y basada en la equidad (25).

De estos caracteres (regla supletiva, regla de equidad) se derivarían según la doctrina, las siguientes consecuencias que tratan de evitar que la regla romana sea aplicada de un modo general o muy absoluto:

1.<sup>a</sup> La aplicación de la máxima no tiene lugar más que si el contrato no ha sido ejecutado. Ejecutado el contrato antes de la prescripción de la acción de nulidad y no intentada ésta, se presume la confirmación tácita. Si, por el contrario, la ejecución se ha instado después de la prescripción de la acción, el que sufre los efectos de la nulidad, tendría todavía como arma defensiva la excepción anulatoria.

2.<sup>a</sup> La anterior consideración afecta tan sólo a la anulabilidad, que se rige por un plazo de prescripción más breve que el de la

(22) DE PAGE, II, núm. 784.

(23) LAURENT, XIX, núm. 57 a 60, quien añade: no basta "de citer quelques mots latins pour que tout soit dit" (núm. 59).

(24) DE PAGE, II, núm. 784.

(25) DE PAGE, II, núm. 784.

treintenaria, pues si se trata de nulidad absoluta que se rige por la de treinta años (art. 2.262), la acción de ejecución del contrato (que debería ser diferida para que pueda alegarse la excepción) habrá prescrito por virtud de este precepto resultando inútil acudir para la defensa del demandado a la nulidad del contrato, por vía de excepción, cuando la acción de ejecución ha prescrito por sí misma.

De esta última consecuencia se deduce que no cabe tomar a la letra el carácter de perpetuidad de la regla romana (26).

### III. SISTEMA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE NULIDAD

#### 5. *La imprescriptibilidad de la acción de nulidad en Derecho italiano.*

El nuevo Código civil dispone que “la acción para declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición” (art. 1.422).

La norma del art. 1.422 aparece como novedad en el Código de 1942, aunque en diversa medida respecto a sus varios elementos. La primera parte se limita a declarar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de conformidad con el título que acompaña al precepto. Resulta desde luego novedad la proclamación de esa imprescriptibilidad que no se contenía en el Código anterior, que omitía incluso la referencia al tema (27), aunque la doctrina llegaba a la misma conclusión, basándose en el principio romano “*quod ab initium vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*” (D. 50,17, 29), por lo que la norma aún dentro de su novedad, implica más bien recepción legislativa de un principio jurídico ya consagrado de modo indiscutido (28).

La tesis de la imprescriptibilidad, consagrada ahora legislativamente, se basa en la vieja consideración de la imposibilidad de sanar lo que nace muerto, por lo que igual que no es posible la convalidación, efecto al que más directamente se refiere la regla romana citada, tampoco puede modificarse la situación jurídica creada por el contrato nulo por más tiempo que transcurra. En este sentido se observa que es indiferente que transcurra cierto tiempo, aun prolongado, y que

---

(26) DE PAGE, II, núm. 784, si bien observa que esta limitación del carácter perpetuo en materia contractual, no rige fuera de la misma.

(27) Aunque bajo el nombre de nulidad, el art. 1.300 del Código derogado (equivalente a nuestro art. 1.301), se refería realmente a la anulabilidad, como reconocía la doctrina.

(28) Ad ex. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*. Milano, 1924, pág. 335. La génesis del vigente art. 1.422 no aparece clara; en el proyecto preliminar del libro de las obligaciones no se contiene norma semejante, sólo la imposibilidad de convalidar el contrato nulo (art. 302, equivalente al actual art. 1.423).

al transcurso del tiempo se añada la inercia del legitimado a ejercitar la nulidad, por lo que se habla de la perpetuidad de la nulidad (29).

#### 6. *La usucapión y la acción de nulidad en Derecho italiano*

La segunda parte del art. 1.422, es novedad legislativa, en un sentido más amplio que la primera y parece fue incorporada en el último momento, sin precedentes claros en la elaboración del Código (30).

El Derecho italiano distingue así entre la acción de nulidad, respecto a la cual declara la imprescriptibilidad y los efectos que puedan derivarse de dicha nulidad. En cuanto a la acción imprescriptible de nulidad, se trata de una acción meramente declarativa (no constitutiva) y con efecto retroactivo (31). Pero esta declaración de nulidad posible en todo momento no quiere decir que siempre se puedan alcanzar los efectos prácticos que normalmente derivarían de dicha nulidad.

La ley deja a salvo la posibilidad de la usucapión y de la prescripción de acciones de repetición.

Respecto a la primera, si ha sido objeto de contrato nulo un derecho real y la parte frente a la cual se alega la nulidad tuvo la posesión con los requisitos correspondientes a la usucapión extraordinaria o sin título (art. 1.158), dicha usucapión impedirá la reclamación subsiguiente a la nulidad sobre la restitución de la cosa (32).

Por tanto en los negocios traslativos o constitutivos de derechos reales, susceptibles de posesión, puede ser necesario o útil invocar la nulidad del negocio, pues, como dice Cariota Ferrara, no obstante la imprescriptibilidad de la acción de nulidad del negocio, esto no excluye o elimina la adquisición originaria del derecho por la usucapión. "El enajenante, por consiguiente, si el adquirente a base del negocio nulo se halla en posesión, debe, dentro del término útil de usucapión, reivindicar la cosa exigiendo la declaración de nulidad del negocio traslativo o constitutivo" (33).

Si no se ejercita a tiempo la acción reivindicatoria basada en la nulidad del negocio traslativo, la ulterior acción de nulidad de éste, resultaría inútil prácticamente.

(29) Entre otros, MESSINEO, *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa* (RTDP, XX, 1966, 3).

(30) En este sentido MESSINEO, loc. cit. nota anterior, pág. 2; se encuentra ya una referencia en la relación al texto definitivo del Código civil (n. 650).

(31) BARBERO, *Sistema*, 6.º, I, núm. 295, pág. 494.

(32) MESSINEO, *Doctrina general*, trad. esp. II, 271. La usucapión abreviada sería imposible por ser incompatible con la nulidad del título (arts. 1.159 y 1.162); por tanto el propietario del bien, aún no habiendo sido parte en el contrato, podría hacer valer la nulidad.

(33) CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, núm. 84, trad. esp., pág. 282. Igual, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile*, Torino, 1961, art. 1.422, pág. 391.

7. *La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad en Derecho italiano.*

Igual ocurre con las acciones de repetición respecto al negocio obligatorio. Si éste ha tenido cumplimiento, hay que ejercitar a tiempo las acciones de repetición, no obstante la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, ya que aquéllas están sujetas a prescripción (34).

La imprescriptibilidad de la acción de nulidad permitiría declarar la nulidad del negocio obligatorio, pero esta declaración carecería de trascendencia práctica, ya que las acciones de repetición que serían la consecuencia normal de la nulidad, se verían paralizadas por la excepción de prescripción, si había transcurrido el plazo fijado para su ejercicio (35).

8. *Código civil portugués de 1867: perpetuidad de la acción de nulidad*

El derogado Código de 1.º de julio de 1867, disponía con carácter general que “los actos realizados contra la disposición de la ley, bien sea ésta prohibitiva, bien preceptiva implican la nulidad, salvo los casos en que la misma ley ordenase lo contrario. Esta nulidad puede, sin embargo, sanarse por el consentimiento de los interesados, si la ley infringida no fuese de orden público” (art. 10).

La doctrina distinguía, en base a este tan genérico precepto, los diversos grados de nulidad, bien en sentido tripartito si se admitía la inexistencia o bipartito si se rechazaba. En el conocido Tratado de Cunha Gonçalves siguiendo la tripartición se asigna a la inexistencia la plena carencia de efectos basada en el principio *quod nullum est, nullum producit effectum*; también para la nulidad absoluta y en base al mismo principio se estima que es insanable e imprescriptible y que si por disposición excepcional de la ley prescribiese la acción, siempre podría ser invocada la excepción de nulidad, como reconoce el art. 693, a que después aludiremos.

Sin embargo, el citado autor reconoce que de modo indirecto puede influir la prescripción en el negocio absolutamente nulo, a través de la prescripción extintiva de las acciones de restitución derivadas del contrato nulo o de los efectos derivados de la usucapión de los derechos adquiridos por el mismo negocio nulo (36).

En materia de contratos nuevamente encontramos disposiciones referentes a la nulidad de los negocios jurídicos, siendo de especial interés para este punto los siguientes preceptos.

---

(34) Como dice CARIOTA FERRARA, “en vano se haría declarar después de veinte años, la nulidad del negocio, ya que después no se podría repetir (por haber tenido lugar la prescripción de la acción de repetición de lo indebido) lo que se dio o de cualquier manera se prestó a base del negocio nulo, y por tanto no era debido” (arts. 2.033 y 2.946, C. c., loc. cit. nota anterior).

(35) MESSINEO, II, pág. 272, trad. esp.

(36) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, I, pág. 397, Coimbra, 1929.

“La acción de rescisión por nulidad procedente de encontrarse la cosa, que fuese objeto del contrato, fuera del comercio, es imprescriptible, salvo en los casos en que la ley dispusiere expresamente lo contrario” (art. 691).

“La nulidad del contrato puede ser opuesta, por vía de excepción, en cualquier tiempo en que el cumplimiento del contrato nulo fuese demandado” (art. 693).

Respecto al art. 691, comenta Cunha Gonçalves, que está mal emplazado en el capítulo dedicado a la rescisión de los contratos ya que se refiere a una nulidad absoluta, que se rige por la regla de la insanabilidad e imprescriptibilidad del art. 10. Dicha nulidad, siendo absoluta, siempre puede ser alegada por vía de acción o de excepción (37).

En cuanto al art. 693 el mismo tratadista estima que más que una especialidad del expresado capítulo, es un efecto general de la prescripción, que exige la perpetuidad de la excepción en razón a que la prescripción no puede extinguir más que los derechos y las acciones, pero no las excepciones puesto que en éstas no cabe la inacción; por el contrario la facultad de oponer la excepción no empieza más que cuando el adversario ejercita la acción. El legislador en el art. 693 consagra la regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, principio que según Cunha Gonçalves debe ser interpretado en el doble sentido de que la excepción podrá ser alegada en todo momento en que se ejercite la acción contraria, pero que extinguida ésta, se extinguirá también la excepción (38).

Podría resumirse la interpretación doctrinal del Código derogado en el sentido de la perpetuidad de la acción de nulidad, frente a la temporalidad de la acción de anulabilidad, la cual por vía de excepción podía oponerse en cambio perpetuamente. Esta diferencia en cuanto a la anulabilidad por vía de acción o de excepción se explicaría partiendo de la ejecución o inejecución del contrato. Si el contrato se ejecuta se comprende que exista un plazo para su impugnación, ya que existe una legítima expectativa de la otra parte a su convalidación. Por el contrario la inejecución del contrato explica la falta de interés, por la parte que podría impugnarlo, en ejercitar la correspondiente acción, ya que se mantiene el *statu quo ante*; pero si se pretende ulteriormente la ejecución, bastará alegar la excepción para conseguir la anulación, cuya perpetuidad se justificaría por la falta de un interés contrario a la convalidación al no haber existido una situación de hecho que legitime una expectativa (39).

---

(37) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, IV, núm. 553, pág. 475, Coimbra, 1931.

(38) CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, II, núm. 427, pág. 715.

(39) GALVAO TELLES, *Dos contratos en general*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1962, páginas 332-333.

9. *Código civil portugués de 1966: perpetuidad de la acción de nulidad.*

El nuevo Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 consagra expresamente la tesis de la imprescriptibilidad disponiendo que “la nulidad es invocable en todo tiempo por cualquier interesado y puede ser declarada de oficio por el Tribunal” (art. 286).

Frente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, para la de anulabilidad se dispone que sólo puede alegarse “dentro del año subsiguiente a la cesación del vicio que le sirve de fundamento” (artículo 287, núm. 1).

Sin embargo, la anterior disposición sobre la anulabilidad presupone que el negocio jurídico haya tenido ejecución puesto que el mismo precepto añade para el caso contrario lo siguiente “en cuanto, sin embargo, el negocio no estuviese cumplido, puede ser aducida la anulabilidad sin dependencia de plazos, tanto por vía de acción como por vía de excepción” (art. 287, núm. 2).

Como se ve, la antigua doctrina romana que permitía aplicar indefinidamente la excepción según la conocida regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* cuando el contrato no había sido ejecutado, es conservada en el nuevo Código portugués, ampliando así la posibilidad defensiva del que se ve demandado tardíamente para ejecutar el negocio anulable que, por cualquier circunstancia, no había empezado a tener ejecución.

La indefinida alegación de la anulación por vía de excepción no está expresamente consagrada en materia de nulidad absoluta, si bien los términos amplios y absolutos del precepto, antes transcrito, permiten suponer que la invocación de la nulidad en todo tiempo y por cualquier interesado, podrá tener lugar tanto por vía de acción como por vía de excepción.

Previamente a estos dos preceptos reguladores de las normas sobre nulidad y anulabilidad expuestas, se contiene una disposición general según la cual “a falta de régimen especial, son aplicables a la nulidad y a la anulabilidad del negocio jurídico las disposiciones de los artículos siguientes” (art. 285). Queda así salvada la posibilidad de disposiciones especiales que dejarían sin aplicación la normativa general contenida en los arts. 286 y 287.

#### IV. DERECHO ESPAÑOL

10. *La imprescriptibilidad de la acción de nulidad.*

Nuestro Código civil no resuelve expresamente la cuestión, si bien en favor de la prescriptibilidad cabe alegar el precepto inicial del título dedicado a la prescripción, según el cual por la prescripción se extinguen, de la manera y con las condiciones establecidas por la ley,

“los derechos y las acciones de cualquier clase que sean” (art. 1.930, apartado 2).

Doctrina y jurisprudencia afirman, en cambio la imprescriptibilidad apoyándose en la regla romana (D. 50,17,29) y en la imposibilidad de confirmación de los contratos en que faltan los requisitos exigidos por el art. 1.261 (art. 1.300). Pero no faltan opiniones discrepantes, que niegan o ponen en duda la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

Así Borrel y Soler, a la vista del art. 1.959 que permite adquirir el dominio aunque fuere nulo o inexistente el título en que funde su derecho el prescribiente afirma que “en este caso, por consiguiente, el acto o contrato inexistente se exime de la imposibilidad de convalidarse por medio de la prescripción; toda vez que de él nacen consecuencias que no pueden destruirse, por haber creado a favor del causahabiente un derecho que la ley reconoce como válido”. Análogas consideraciones inspira al citado autor la posibilidad de usucapión de cosas muebles, especialmente cuando falta la buena fe y cuando se trata de cosas hurtadas o robadas (arts. 1.955 y 1.956).

Después del conflicto entre la acción de nulidad y la usucapión, examina Borrel y Soler el alcance de la prescripción extintiva: “Veamos ahora si las obligaciones derivadas de un contrato absolutamente nulo, de alguno de los llamados inexistentes, subsisten indefinidamente, sin que nunca puedan reclamarse por mucho tiempo que haya transcurrido desde la perfección del contrato.” Refiriéndose a diversos artículos del Título dedicado por el Código a la prescripción, observa que “de ellos parece deducirse que el mero transcurso del tiempo es suficiente para extinguir toda clase de acciones, sin distinción, y, por tanto, también las de nulidad contra la eficacia de los contratos nulos en cualquiera de sus grados o situaciones” (40).

A lo largo de estas consideraciones fluye un abierto escepticismo sobre la tesis de la imprescriptibilidad, aunque quizá la conclusión a que se llega adolece de falta de discriminación entre la acción de nulidad y otras acciones derivadas de la ejecución del contrato nulo.

Sin embargo, la opinión predominante afirma abiertamente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad (41), apoyándose en la tradición romanista según el principio “*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*” (D. 50,17,29) y también en la imposibilidad de confirmación de los negocios nulos que se deriva de la aplicación exclusiva de la misma a los negocios simplemente

(40) BORREL Y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Barcelona, 1947, págs. 105-117, esp. 114-116. La rúbrica de esta materia es la siguiente: “Imprescriptibilidad (?) de las acciones contra los contratos absolutamente nulos” (p. 105). Ver también del mismo autor, *Derecho civil español*, I, 369-372, en que bajo el título “prescribe la acción de nulidad de los actos llamados inexistentes” insiste en las mismas ideas apoyándose en algunas sentencias del T. S.

(41) Refundiendo, en su caso, a estos efectos la acción de inexistencia y la de nulidad, cuando se admite la distinción.

anulables (art. 1.310), regla que guarda cierto paralelismo con la prescripción sanatoria (42).

También se alega en favor de la imprescriptibilidad el texto del artículo 1.301, que al señalar el momento en que empieza a correr el plazo de la prescripción de la acción de nulidad para cada caso de vicios del consentimiento o defecto de capacidad, demuestra que a ellos se concreta, o sea, a supuestos de anulabilidad (43). Pero de la inaplicación de este plazo de prescripción de la acción de anulabilidad, a la nulidad, se ha deducido, a veces, una consecuencia distinta, y aún opuesta, a la de su imprescriptibilidad, pues partiendo de la regla general de la prescripción de los derechos y acciones de cualquier clase que sean (artículo 1.930, ap. 2), se ha afirmado que, no estando señalado plazo especial para la acción de nulidad, le correspondería el plazo general de las acciones personales (art. 1.964) (44).

El apoyo más firme en favor de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se encuentra en la exigencia legal para llevar a efecto la confirmación, de que se trate de contratos que reúnan los requisitos del consentimiento, objeto y causa establecido para todos los contratos en el artículo 1.261 (art. 1.310). Poniendo en relación este precepto, límite de la confirmación, con la esencia de ésta y de los plazos de prescripción de la acción de nulidad de los contratos (art. 1.300), se puede inducir un principio general limitador de la prescripción de dicha acción a los supuestos de anulabilidad (que el Código denomina nulidad).

En efecto, la confirmación consiste en la renuncia, expresa o tá-

(42) DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, I, 316, Madrid, 1959; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 10.<sup>a</sup> ed., I, 2.<sup>o</sup>, 814, Madrid, 1963 y III, 503; 9.<sup>a</sup> ed., III, 471; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus, Tratado de Derecho civil*, trad. esp. I, 2.<sup>o</sup>, pág. 377, 2.<sup>a</sup>, ed.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1.<sup>o</sup>, 318-319; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I, 2.<sup>o</sup>, 694, Madrid, 1958; OSSORIO y MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Granada, 1956, pág. 291-292, aunque admite algunas excepciones; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, I, 728, Madrid, 1959; "Por último, las nulidades absolutas son de pleno Derecho como la inexistencia misma, no hay acción que tienda a proclamarlas, por lo que la nulidad radical puede ser indefinidamente realizada por vía de acción o de excepción"; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 5.<sup>a</sup> ed. VIII, 2.<sup>o</sup>, art. 1.300, esp. pág. 630, Madrid, 1950; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XX, Madrid, 1904, comentario a los arts. 1.300 y sigs., esp. págs. 968-969 y 985; ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, pág. 405, 407; implícitamente también en *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, núm. 175, pág. 461; DE BUEN. en *Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., I, Madrid, 1922, pág. 219; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 273-274.

(43) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, loc. cit.

(44) SS. 31 octubre 1922, 12 abril 1916 aluden a la inaplicación del art. 1.301 en supuestos de nulidad absoluta, en los que en su caso les serían aplicables las disposiciones generales en materia de prescripción. Sin embargo, estas declaraciones jurisprudenciales, no son claras ni contundentes, y están contradichas con otras posteriores que citaremos más adelante. La S., 12 abril 1916, se fija en el momento en que nace la acción para impugnar los contratos inexistentes, estimando inaplicable el 1.301, siendo aplicable el art. 1969.

cita, al ejercicio de la acción de anulación (art. 1.311), acción que queda extinguida por dicha confirmación (art. 1.309); pero dicha renuncia confirmativa tiene el límite infranqueable de no poder operar más que respecto a los contratos que reúnan los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa que enumera el artículo 1.261 (artículo 1.310). Paralelamente, la prescripción de la acción de anulación en el plazo de cuatro años (art. 1.301) se basa en la inacción del legitimado para ejercitar la inacción que implica la renuncia tácita al derecho de impugnación contra el acto anulable y por ende se trata de una forma de confirmación tácita que tropezaría siempre con el límite infranqueable de no poder operar más que en relación con los contratos que reúnan los requisitos esenciales citados del artículo 1.261. Por otra parte, ni siquiera es preciso este razonamiento, pues el propio Código al aludir a la anulación por determinados vicios consensuales y defectos análogos, alude expresamente a los contratos en que concurren los expresados requisitos del artículo 1.261 (artículo 1.300).

Es pues indudable que el ámbito de la renuncia a la acción de anulación, tanto por vía de renuncia-confirmación, como por la de renuncia-prescripción, está circunscrito a la mera anulabilidad, lo que en la técnica de nuestro Código se expresa reiteradamente con la referencia a que el contrato confirmable o sujeto a prescripción, reúna los requisitos de consentimiento, objeto y causa del art. 1.261.

Contrariamente, los contratos que no reúnan dichos requisitos esenciales adolecen de nulidad insanable, por cualquier vía, tanto de la renuncia-confirmación como de la renuncia-prescripción. Lo primero lo ordena expresamente el Código al decir que "sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261" (art. 1.310). Lo segundo no se dice expresamente, pero hay que inducirlo de la equivalencia práctica entre confirmación y prescripción a estos efectos, y también del ya citado artículo 1.300 que regula la anulabilidad a base de que se den los citados requisitos y sólo a esta anulabilidad se refiere al regular la prescripción cuatrienal de la correspondiente acción.

Este esquema institucional del dualismo legal entre nulidad y anulabilidad (45) es suficientemente fuerte para desvirtuar los términos generalizadores del ámbito de la prescripción como causa de extinción de los derechos y de las acciones "de cualquier clase que sean" (artículo 1.930, ap. 2). Posibilidad de excepcionar dicha regla que se ve justificada por el propio Código al recoger la tradicional imprescriptibilidad de las acciones divisorias (art. 1.965). Creemos por tanto suficientemente fundada la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, cuya eficacia práctica hemos de precisar más adelante.

---

(45) Recuérdese que la terminología del Código ha ocasionado el que con frecuencia se denomine inexistencia (art. 1.261) a la nulidad absoluta y nulidad (arts. 1.300 y sigs.) a la anulabilidad.

La jurisprudencia también reconoce el carácter de imprescriptible de la acción de nulidad absoluta alegando en base al artículo 1.310 que ésta es perpetua e insubsanable (46), no siéndole por tanto aplicable el plazo cuatrienal del artículo 1.301.

#### 11. *La imprescriptibilidad de la excepción de nulidad.*

Cuestión distinta es la alegación de la nulidad por la vía procesal de la excepción; afirmada por nuestra doctrina y jurisprudencia la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, no plantea problema la extensión del mismo carácter a la excepción (47). Así lo hace la jurisprudencia al declarar la imprescriptibilidad de la acción o *excepción* de nulidad (48) (SS. 11 enero 1928, 19 diciembre 1951).

#### 12. *La usucapión y la acción de nulidad.*

El problema del entrecruzamiento de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y de los efectos de la usucapión no ha pasado desapercibido a nuestra doctrina y así se advierte, por algunos, que por la ejecución de un contrato nulo pueden surgir situaciones de hecho que originen la usucapión.

En efecto, si bien en general no se dedica especial atención al tema, un sector doctrinal, partiendo de la afirmación inicial de la imprescriptibilidad de la acción, aborda la cuestión de que, no obstante, esa imprescriptibilidad quede abierta la posibilidad de la usucapión consolidando la situación creada por el negocio nulo.

Pérez González y Alguer estiman inexacto lo que afirma la Sentencia de 31 de octubre de 1922, según la cual en los contratos simulados e inexistentes en todo caso serán aplicables las disposiciones generales en materia de prescripción de acciones; añaden que, por el contrario, "si un contrato no existe, si no llena los requisitos del artículo 1.261, el transcurso del tiempo no puede subsanar ninguno de ellos. Lo único que puede ocurrir es que por la consumación de un pretendido contrato se adquieran derechos reales para dar margen a hechos que puedan fundar una prescripción *adquisitiva* (artículos

(46) Entre otras las SS. 11 enero 1928, 9 enero 1933, 19 diciembre 1951, 20 octubre 1954, 2 abril 1956, 25 abril 1960, 14 octubre 1960, 8 octubre 1962, 28 mayo 1965.

(47) BONET RAMÓN, *Compendio*, I, pág. 728; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 5.ª ed., VIII, 2.º, art. 1.300, esp. pág. 630, Madrid, 1950; DE BUEN, en *Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., I, Madrid, 1922, pág. 219; SANTAMARÍA, *Comentario al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 273.

(48) Como hemos indicado, a veces, la jurisprudencia se refiere a la inexistencia, pero hay que entender esta denominación como equivalente a la de nulidad absoluta, en general, y salvo que se quiera hacer referencia a la categoría de la inexistencia como diversa de aquélla.

1.955, ap. 2 y 1.959), pero no se tratará de prescripción *extintiva* de una acción, que no es menester ejercitar" (49).

Castán parece adherirse a esta opinión al estimar inaceptable la ya citada Sentencia de 31 de octubre de 1922, añadiendo: "lo único cierto, dicen Pérez y Alguer, es que por la consumación del contrato inexistente pueden crearse derechos reales que sirvan de fundamento a una adquisición por usucapión" (50).

Puig Brutau, después de afirmar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, añade que "otra cosa diferente es que la falta de ejercicio de la acción durante mucho tiempo ocasione una situación inatacable: p. ej., al adquirir por usucapión la cosa comprada quien la adquirió en contrato nulo. Cfr. artículos 1.955 y 1.959" (51).

Puig Peña, después de citar en favor de la imprescriptibilidad la regla del Digesto, formula la siguiente distinción: "es cierto que el acto inexistente no adquirirá nunca la perfección, ya que el tiempo no le puede dar el requisito esencial de que carece, pero también lo es que un estado de hecho no puede estar indefinidamente sujeto a la amenaza de una impugnación", añadiendo que de esto deduce la generalidad de los autores "que si bien el acto continúa con su primitivo carácter jurídico, la acción para atacarlo puede ser enervada por la prescripción si como consecuencia de aquél se produce una situación de hecho apta para la prescripción adquisitiva" (52).

Moreno Mocholí, en la revisión de los Comentarios al Código civil de Manresa, afirma que "no es dable confundir la imprescriptibilidad de la nulidad plena o inexistencia, con la fuerza indiscutida de las situaciones creadas al amparo de la relación nula o inexistente" y en su virtud "se puede en cualquier momento hacer valer la ineficacia insubsanable por el transcurso del tiempo, pero los hechos que durante el mismo hubieren permanecido con suficiencia para la adquisición de un derecho no padecen a estos efectos" (53).

La jurisprudencia niega la posibilidad de la usucapión ordinaria de bienes recibidos en virtud de un negocio radicalmente nulo, ya que para esta forma abreviada de usucapión se requiere un justo título (art. 1.952), título que ha de ser verdadero y válido (SS. 23 octubre 1954, 28 mayo 1965) (54).

(49) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en *Enneccerus, Tratado de Derecho civil*, trad. esp. I, 2.º, págs. 336, 1.ª ed. y 377, 2.ª ed.; esta opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER es seguida por parte de la doctrina que expresamente la cita: SANTAMARÍA, *Comentarios*, I, Madrid, 1958, pág. 273.

(50) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 10.ª ed., I, 2.º, 814.

(51) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1.º, 319, Barcelona, 1954.

(52) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, I, 2.º, 694, Madrid, 1958.

(53) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, 5.ª ed., VIII, 2.º, revisado por MORENO MOCHOLÍ, art. 1.300 esp., pág. 633, Madrid, 1950.

(54) Sobre la posibilidad reconocida por el Tribunal Supremo de que el título meramente anulable, no anulado, pueda servir de base a la usucapión ordinaria, puede verse: ESPÍN, *Función del justo título en la adquisición de derechos por usucapión*, Revista de Derecho Privado, 1968, 833.

Esta necesaria exclusión de la usucapión ordinaria en los casos de títulos radicalmente nulos, por la exigencia legal de que el título sea válido (art. 1.953), no impide la usucapión extraordinaria, ya que en ésta no se requiere la existencia de título alguno (arts. 1.955, ap. 2 y 1.959), por lo que tampoco la obstaculizaría la nulidad radical del título. El título radicalmente nulo no puede viabilizar la usucapión ordinaria, pero es inoperante para la extraordinaria. En ésta los prescribientes prescinden del título puesto que derivan su adquisición sólo del hecho posesorio continuado durante el tiempo marcado por la ley.

Por esta razón, aún siendo posible obtener la declaración judicial de la nulidad radical del negocio translativo (título), en todo tiempo, esta declaración puede resultar prácticamente inoperante si se ha consumado la usucapión extraordinaria de las cosas transmitidas por virtud de dicho título.

### 13. *La prescripción extintiva de las acciones de repetición y la acción de nulidad.*

Así como respecto a la posibilidad de desplegar los efectos normales de la usucapión en relación con las situaciones creadas al amparo del negocio nulo, hemos encontrado referencias doctrinales, sobre todo las de Pérez González y Alguer, en cambio respecto a la posibilidad de que la prescripción extintiva despliegue sus efectos normales, no obstante, la nulidad absoluta del negocio y la imprescriptibilidad de la acción correspondiente no se encuentran referencias en nuestra doctrina más que aisladamente.

En las recientes ediciones revisadas de la obra exegética de Manresa hay una referencia clara a dicha posibilidad, que se pone en relación con el precepto ya examinado del Código civil italiano. La imprescriptibilidad (de la acción de nulidad) tampoco “se transmite a la facultad que los perjudicados por la nulidad tuvieron para repetir contra el menoscabo que culpablemente se les hubiere ocasionado. La imprescriptibilidad, en suma, sólo se refiere a la ineficacia del acto en sí, pero no a sus secuelas mediatas, ni tampoco a las situaciones de hecho ocurridas durante la inacción del que pudo ejercer la acción y no la utilizó” (55).

Frente a este insuficiente desarrollo doctrinal del tema encontramos en cambio un análisis más completo de los intereses en juego en reciente jurisprudencia representada por la importante Sentencia de 27 de febrero de 1964.

La jurisprudencia se hace cargo del problema que plantea la perpetuidad de la acción de declaración de nulidad absoluta, en relación con las acciones de restitución, estimando que “si bien el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos

(55) MANRESA, *Comentarios al Código civil*, 5.ª ed., VIII, 2.º, revisado por MORENO MOCHOLF, art. 1.300, esp. pág. 633.

que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, ya que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de lo que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos" (S. 27 febrero 1964).

En esta Sentencia se establece la distinción entre la perpetuidad de la nulidad del acto radicalmente nulo y la prescriptibilidad de las acciones restitutorias derivadas de los efectos anulatorios (al menos respecto a algunos supuestos), alegándose que "dentro de nuestro Código civil la cuestión aparece clara: en el párr. 2.º del art. 1.930 se declara la prescriptibilidad de los «derechos y acciones, de cualquier clase que sean»; en los arts. 1.295 y 1.306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código sólo a las que enumera en su artículo 1.965". (S. 27 febrero 1964.)

## V. OBSERVACIONES CRITICAS

### 14. *Argumentos en favor de la imprescriptibilidad.*

a) Estimo que conformæ a la tradición romanista que informa en este punto nuestro Derecho es imprescriptible la acción de nulidad, bien entendido que este carácter no puede extenderse más que a la declaración de que el contrato fue nulo absolutamente, pero sin que pueda alcanzar la imprescriptibilidad al conjunto de efectos derivados, no ya del contrato, sino de otros hechos jurídicos, como situaciones posesorias. Por tanto hay que distinguir de una parte la acción declarativa de nulidad, y de otra, las acciones reivindicatorias de cosas o restitutorias de prestaciones efectuadas por consecuencia del contrato nulo a las cuales no alcanza la imprescriptibilidad (56).

Esta posición tiende a restringir el alcance práctico de la imprescriptibilidad, que generalmente se predica de la acción de nulidad en nuestro Derecho basándose en el principio *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (D. 50,17,29).

En favor de esta tesis militan importantes argumentos:

---

(56) En este sentido la ya citada S. de 27 febrero 1964.

1.º El propio fundamento general de la prescripción de velar por la paz social y contribuir a la certidumbre de las relaciones jurídicas, por lo que la imprescriptibilidad ha de ser vista como lo excepcional (57).

2.º Que el Código declara con gran generalidad que por la prescripción se extinguen los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean (art. 1.930, ap. 2), indicando de modo concreto aquellas acciones que son imprescriptibles (art. 1.956), entre las cuales no se comprenden las de carácter restitutorio, y precisamente el fundamento de la excepcional imprescriptibilidad de las acciones divisorias radica en el propio hecho de la indivisión, por lo que mientras subsiste dicho estado permanece la necesidad de la acción divisoria, lo que no ocurre en las acciones restitutorias en que la restitución pudo y debió ser reclamada diligentemente para evitar su prescripción.

3.º Con mayor motivo hay que distinguir también entre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y los efectos de la usucapión de bienes que están implicados en los efectos de la nulidad. La usucapión, como basada en la relación posesoria, despliega sus efectos que tienden igualmente a la certidumbre de los derechos, por lo que la declaración de nulidad de un contrato no impide todas las formas o especies de usucapión, sino tan sólo la ordinaria, ya que ésta se apoya en un justo título (art. 1.940) y el título ha de ser válido (artículo 1.953). Por esto, si se debe rechazar la usucapión ordinaria de bienes recibidos en virtud de un negocio nulo, como hace la jurisprudencia (58), es admisible en cambio la usucapión extraordinaria de los mismos, ya que ésta excluye la necesidad de título (arts. 1.959 y 1.955, ap. 2) y hasta se admite la usucapión de cosas muebles hurtadas o robadas cuando prescriban el delito o su pena y la acción para exigir la correspondiente responsabilidad civil (art. 1.956).

La posibilidad de la usucapión larga que no requiere título, no obstante, la nulidad del contrato del que deriva la entrega de la cosa objeto de la usucapión es completamente lógica; la nulidad del contrato no puede impedir dicha usucapión, porque la nulidad afecta al título adquisitivo de la posesión, pero no a ésta, que constituye la esencia de la usucapión. Por esta misma razón, mientras es posible la usucapión en los términos más largos previstos por la ley cuando el título es nulo, no cabe la usucapión en los términos abreviados previstos para el caso de existir título, que entre otros requisitos ha de reunir el de ser válido (art. 1.953).

b) En cuanto a la excepción de nulidad parecen muy convincentes las razones que se alegan por la doctrina francesa en favor de su perpetuidad en el actual Derecho francés. Con mayor motivo deberá estimarse dicha perpetuidad en el Derecho español, dada la impres-

(57) V. la citada S. 27 febrero 1964.

(58) S. 28 mayo 1965; ESPÍN, *Función del justo título en la adquisición de derechos por usucapión*, Revista de Derecho Privado 1968, 833 y siguientes, esp. 838-840.

criptibilidad que doctrina y jurisprudencia asignan a la acción de nulidad.

c) Como acción o como excepción la nulidad (o inexistencia como la denomina parte de la doctrina y la jurisprudencia) es perpetua, imprescriptible e insanable, pero esta perpetuidad no impide, como hemos expuesto, que las situaciones de hecho, surgidas por consecuencia del contrato nulo, puedan dar lugar a que desplieguen sus efectos respecto a ellas otras instituciones, como la prescripción extintiva y la usucapición.

15. *Compatibilidad entre la perpetuidad de la acción de nulidad y los efectos de la prescripción de las acciones de repetición y los efectos de la usucapición extraordinaria.*

No se trata, sin embargo, de una situación contradictoria del principio en que se basa la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, a saber, que lo nulo no puede devenir válido por más tiempo que pase (D. 50,17,29). No se trata, en efecto, de una convalidación sanatoria por el transcurso del tiempo. Son otros factores los que impiden que la acción de nulidad alcance los efectos prácticos a que normalmente tiende. Estos factores pueden reducirse, en síntesis a los siguientes:

a) La posesión de las cosas transmitidas por consecuencia del negocio nulo al originar el estado de hecho posesorio puede dar lugar a una adquisición originaria basada en la posesión de las mismas, que, prolongada por el tiempo prescrito por la ley para la usucapición larga que no requiere título, hará irreivindicables las cosas transmitidas por el negocio nulo, aunque sea declarada la nulidad de dicho negocio.

Como siempre que se opera el fenómeno adquisitivo de la usucapición se produce una situación contraria a la titularidad jurídica del anterior *dominus*, que se justifica, no obstante, por la necesidad del mantenimiento de la estabilidad de las relaciones jurídicas. Pero, como es fácil observar, lo que impide la reivindicación que normalmente seguiría a la declaración de nulidad negocial, no es la prescripción sanatoria del mismo, sino la aparición de un fenómeno distinto, la posesión prolongada por el tiempo necesario para consumar la usucapición.

b) La inacción de la parte que, al dar ejecución al negocio nulo, realizó las prestaciones derivadas del mismo, entregando cosas que más tarde no se cuidó de reclamar en tiempo oportuno, originando en el que recibió dichas prestaciones una situación defensiva basada en la prescripción de las correspondientes acciones de repetición. En este caso parece que todo se reduce a la acción del tiempo, lo que puede favorecer la confusión entre la prescripción de las acciones de repetición y la de la acción de nulidad, pero ambas acciones mantienen sus esferas completamente independientes. Las acciones de repetición de las prestaciones efectuadas indebidamente están sujetas, como en ge-

neral todas las acciones y derechos a la prescripción, como base necesaria para la certidumbre de las relaciones jurídicas. Estas acciones de repetición tienen una sustantividad propia y distinta de la acción de nulidad, como es fácil comprobar mediante el análisis de las características de ambas.

En efecto, mientras la acción de nulidad es puramente declarativa, la de repetición es una acción de condena. El objeto de la acción de nulidad, como meramente declarativa, está limitado a obtener dicha declaración de que el negocio fue nulo y no debe producir efecto alguno por sí mismo. Contrariamente, el objeto de la acción de repetición, lo constituye la restitución de las cosas entregadas al dar ejecución, indebidamente, al negocio nulo.

El transcurso del tiempo se revela con función completamente diferente, por consecuencia de la diversa naturaleza de las acciones de nulidad y de restitución. Para la acción de nulidad el tiempo no varía la naturaleza del negocio que seguirá siendo nulo indefinidamente. En cambio para la acción de repetición el tiempo actúa doblemente en los respectivos patrimonios de las partes que celebraron el negocio nulo, pues mientras el que recibió una prestación, indebidamente, ve consolidarse la situación creada al recibirla, el que realizó dicha prestación se mantiene inactivo en la reclamación necesaria para destruir los efectos producidos por la ejecución del negocio nulo. El tiempo consolida, en un caso, y destruye, en otro, el derecho a mantener o repetir la prestación efectuada.

Se comprende que la acción de repetición prescriba tanto por los aspectos objetivos (certidumbre de las relaciones jurídicas) como subjetivos (inacción del titular), de la prescripción. Su prescripción no contradice la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. El tiempo deja intacta esta acción, pero no aquélla, como es lógico por estar basadas en situaciones diversas.



# Culpa de la víctima y accidente de trabajo

MIGUEL RODRIGUEZ - PIRERO  
Catedrático de Derecho del Trabajo  
en la Universidad de Sevilla

“Quis ex culpa sua damnun sentit, non intelligitur  
damnum sentire” (Pomponio, D, 50,17,203).

SUMARIO: I. *La evolución del concepto de imprudencia profesional*: 1. Accidente de trabajo y responsabilidad objetiva. 2. Planteamiento. 3. Culpa de la víctima y responsabilidad civil. 4. La culpa de la víctima en la teoría del riesgo profesional. 5. La solución ecléctica de la legislación francesa y la noción de falta inexcusable. 6. La fuerza mayor como causa única de exoneración en la Ley de 30-I-1900. 7. El tratamiento de la culpa en la S. de 21 de octubre de 1903. 8. La jurisprudencia posterior y la delimitación de concepto de imprudencia profesional. 9. La imprudencia profesional en el Proyecto del Instituto de Reformas Sociales. 10. La aceptación legal de la imprudencia profesional, y su interpretación. 11. Imprudencia profesional y actos extraños al trabajo. 12. Imprudencia profesional y temeridad. 13. Delimitación objetiva de la imprudencia profesional. 14. La aplicación extensiva y analógica de la imprudencia profesional. 15. Imprudencia profesional y accidente “in itinere”.—II. *La imprudencia temeraria en la Ley de Seguridad Social*: 16. El aseguramiento del accidente de trabajo tras la reforma. 17. El tratamiento de la culpa del asegurado. 18. La regulación de culpa de la víctima en el accidente de trabajo y en otras contingencias. 19. La imprudencia temeraria como única culpa excluyente del accidente. 20. La culpa como causa exclusiva. 21. El grado de temeridad. 22. La peligrosidad de la conducta imprudente. 23. La conciencia del peligro. 24. La inexcusabilidad de la conducta y las posibles causas de su justificación. 25. La profesionalidad de la imprudencia como causa de justificación específica. 26. Valoración de la solución legal.

## I

1. Es lugar común al tratar de la evolución de la responsabilidad civil referirse tanto al hecho, consecuencia de la aparición del maquinismo, de la multiplicación de la siniestralidad como a la insuficiencia del sistema clásico de la responsabilidad por culpa, para cubrir y proteger a las víctimas de esos siniestros con demasiada frecuencia, al no poder imputarse a un sujeto que por su conducta culposa los hubiera producido (1). A todo ello se une un cambio de postura

(1) Cfr., p. ej., LOUBAT, *Traité sur le risque professionnel*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1906, pp. 46 y ss. Entre nosotros es clásico abordar el tema de accidentes de

tendente a conseguir que los nuevos casos de daños irreducibles al esquema de la típica responsabilidad aquiliana, encuentren una adecuada reparación, pasándose en expresión de RIPERT (2) “de la responsabilidad a la reparación”.

En el campo de los accidentes de trabajo, si no por vez primera si más agudamente que en ningún otro sector, se produjo tanto el hecho de la multiplicación de siniestros y la insuficiencia del sistema tradicional de la responsabilidad civil (que sólo resarcía los daños debidos a la conducta del empleador) como el estado de opinión de que los daños ocasionados al trabajador por accidente no podían ser dejados sin ninguna reparación.

Excluida la solución de dejar las cosas como estaban no otorgando resarcimiento en estos casos, tres posturas eran posibles para compensar estos supuestos dañosos: ya sea tratar de aplicar el principio tradicional de la responsabilidad por culpa, pero adaptándolo o ampliándolo con ficciones, o buscar e incluir las nuevas hipótesis en una de las previsiones consideradas como excepcionales (los supuestos de responsabilidad objetiva) o, finalmente, intentar construir un esquema diverso que respete formalmente las características de las nuevas situaciones y capaz por tanto de disciplinar de manera más completa la materia (3).

Puede decirse que el sistema español de responsabilidad por accidentes de trabajo, ha pasado sucesivamente por todas estas etapas, habiendo incluido cada una de ellas en la posterior. De tal manera que la Ley de 1900 que establece de manera inequívoca la responsabilidad del empleador por accidente de trabajo, conserva trazos no del todo distantes de la responsabilidad aquiliana, de la adaptación de ésta a través de la presunción de falta y alteración de carga de la prueba, de la responsabilidad por cosas inanimadas que se entrecruzan con un establecimiento de responsabilidad objetiva, pero conectada a unos hechos impositivos que sirven de causa de exoneración, tal y como ocurre con el supuesto de la fuerza mayor, la cual, al contrario de lo que ocurre con la responsabilidad contractual, no es considerada desde el plano subjetivo de ausencia de falta del empleador, sino en un sentido objetivo de interrupción del vínculo de causalidad por ser causa extraña e inevitable. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, pero no absoluta, sino relativa (4), al preverse que la responsabilidad cesa en presencia de la fuerza mayor. Pero incluso esta relatividad, valga la expresión, es relativa pues, como agudamente observa ALONSO OLEA, no es tanto la fuerza mayor sino la extrañeidad

---

trabajo desde el plano de la crisis de los sistemas clásicos de responsabilidad. Vid. por todos, HERNÁNDEZ, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 1945, pp. 7 y ss.

(2) *Le regime democratique et le droit civil moderne*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1948, pp. 303 y ss.

(3) Cfr. RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, página 19.

(4) Cfr. MAIORCA, *Colpa civile*, en *Enciclopedia del diritto*, t. VII, p. 552.

al trabajo de esa fuerza mayor la que hace romper la necesaria conexión entre el trabajo y la lesión, para la consideración como laboral del accidente (5).

En todo caso, la Legislación de Accidentes de 1900, al definir tan ampliamente al concepto de accidentes de trabajo y al permitir una excepción tan específica como la de la fuerza mayor, dejaba fuera de duda que el criterio de imputación de la responsabilidad del empleador no estaba ni en una culpa más o menos ficticia o presunta ni en una culpa contractual (pues no todos los trabajadores se incluían en el sistema), sino en lo que entonces se dio en llamar "riesgo profesional" e industrial, cuyo último fundamento residía en la creación de específicas situaciones de peligrosidad. Quien las creaba mantenía y se beneficiaba de ellas se estimaba debía soportar, al margen de toda culpa o negligencia, las consecuencias dañosas provocadas por esa actividad peligrosa (6).

2. La admisión de la teoría del riesgo profesional ha ido ampliándose además progresivamente en nuestro ordenamiento en la medida en que la causa exoneradora de la fuerza mayor ha ido reduciéndose hasta casi desaparecer, sobre todo desde el momento en que no se consideran como tal, siguiendo el modelo de trabajo agrícola, las "fuerzas de la naturaleza" (7).

En contraste con esta evolución, se ha producido desde 1900 una muy importante regresión en lo que se respecta al tratamiento de la influencia de la conducta culposa del accidentado en la producción del accidente. La ley de 1900 no admite esa conducta como causa de exoneración, aparece luego en la jurisprudencia para ser recogida a "contrario sensu" en la legislación bajo la forma de la "imprudencia extraprofesional". Hasta qué punto esta postura algo anacrónica ha sido mantenida y corregida en la nueva legislación de Seguridad social, es lo que vamos a examinar en este lugar (8).

---

(5) *La responsabilidad por accidente de trabajo*, R. I. S. S., 1958, n. 5 (Sep.), p. 21.

(6) Este es el sentido originario del llamado riesgo profesional que se justifica, para ciertas actividades, en base a la peligrosidad específica que las mismas suponen para los obreros que en ellas trabajan, a diferencia de los oficios tradicionales. De ahí que en sus formuladores no esté tan lejos de los principios del Código civil e incluso de la idea de la responsabilidad por culpa, por crearse un riesgo anormal y aplicándose de forma similar el art. 1.384 del Code. Vid. ampliamente LOUBAT, *Traité sur le risque professionnel*, cit., pp. 40 y ss.

(7) La supresión se debió a estimar que estar a esas inclemencias de la naturaleza era un riesgo específico en ningún caso extraño al trabajo agrícola; un poco por inercia pasa luego la disposición a aplicarse a toda actividad laboral, con lo que se reduce progresivamente el ámbito exonerador de la fuerza mayor; así se habla de una "tendencia hacia la desaparición de la fuerza mayor" como circunstancia exonerante; así ALONSO OLEA, loc. cit., p. 24.

(8) Debe aclararse que el objeto de este estudio consiste y se limita a la conducta culposa del trabajador productora y provocadora del accidente; no se trata del tema diverso de la influencia de otras conductas culposas produ-

3. El tema de la culpa del dañado en la problemática de la responsabilidad civil ha recibido sucesivas y diversas respuestas; diversas según el criterio de imputación que sirviera de punto de partida para la fijación de esa responsabilidad.

En la responsabilidad culposa tradicional, por definición, la cuestión sólo era planteable ante una concurrencia de culpas tanto del causante del daño como del dañado; la solución a que se llegó se vio muy directamente influida por la solución existente en la responsabilidad contractual, la propia culpa del acreedor perjudicado (9). Pero aquí se plantea la responsabilidad del cumplimiento del deudor en la medida que éste le era o no "imputable": La culpa del acreedor era una posible causa de exoneración o limitación de responsabilidad contractual, en especial en aquellos contratos en que era sustancial la cooperación del acreedor en el cumplimiento (10).

En el plano contractual era posible la existencia de una ausencia total de falta contractual del deudor, y desde esa perspectiva podía ser exonerado de los incumplimientos que no le fueran imputables; en el plano extracontractual, por el contrario, se había de partir necesariamente de que el responsable había incurrido desde luego en una falta.

Es, por tanto, un problema de concurrencia de culpas y en este plano, aún a falta de disposición expresa en la materia, nuestra jurisprudencia y doctrina, separándose netamente de la dogmática penal, se inclinan por admitir la llamada compensación de culpas acusándose una influencia decidida del parágrafo 254 BGB (11). Esa compensación lo que pretende es tomar en cuenta el grado de participación causal de agente y víctima en el daño para la determinación de la responsabilidad del primero y siguiendo la base legal de moderación

cido ya el accidente, lo cual no entra propiamente en la causalidad, sino en la extensión de las consecuencias. Vid. por todos, CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Nápoli, 1969, pp. 298 y ss. Según MOREAU, si se examina la conducta de la víctima en el momento de la realización del daño, se intenta asimilar la falta de la víctima y su participación en la génesis del accidente. El problema a resolver entonces es el relativo a la etiología del daño; es un problema de causalidad. Si, al contrario, se estudia la conducta (culposa) de la víctima, después de la realización del daño, es muy cierto que su conducta no ha podido contribuir a causar el accidente; cuanto más ha podido agravar las consecuencias dañosas. El problema se sitúa pues en el plano de la evaluación del perjuicio; concierne sólo a la técnica de la reparación. (*L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, París, 1957, pp. 195-196.)

(9) Vid. sobre la cuestión, CONSTANTINESCO, *Inexécution et Faute contractuelle en Droit comparé*, Stuttgart y Bruselas, 1960, pp. 191 y ss.; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, pp. 7 y ss.

(10) Cfr. CATTANEO, op. cit., pp. 152 y ss.

(11) Par. 254 BGB: "Si en el hecho que origina el daño hay también culpa por parte de quien lo sufre, la obligación de repararlo, así como la cuantía de la indemnización dependerá de las circunstancias, siendo necesario ver en

de responsabilidad del artículo 1.103 del Código civil. En principio, por tanto, ante un daño unilateral producido por un agente, pero concurriendo culposidad de la víctima, esta culposidad servirá para disminuir el resarcimiento según la gravedad de las respectivas culpas (12); admitiéndose sólo raramente la exoneración del agente por su acción u omisión culposa (13).

La perspectiva cambia en los supuestos de responsabilidad no culposa; entonces la cuestión se centra en examinar, ante la existencia de un daño, la actuación culposa de la víctima, su culpa concurrente con un riesgo objetivo del que legalmente alguien debe responder, independientemente de su personal conducta. En tales casos no cabe medir para compensar culpas concurrentes (salvo el caso en que por ambos lados existan tales culpas): el responsable objetivo responde de un daño causado por un riesgo que tiene que soportar, pero causado concurrentemente también por la conducta de la propia víctima. La postura de nuestro ordenamiento al respecto es en principio la de suprimir tal responsabilidad cuando concurre esa culpa en el perjudicado. Dos preceptos fundamentales sientan éstos para supuestos específicos, por un lado, el artículo 1.905 C. c., que establece la responsabilidad de los perjuicios ocasionados por los animales “cesará en el caso de que el daño proviniera... de culpa del que lo hubiese sufrido” y la Ley de Ferrocarriles de 1877, y su reglamento de 1878 que excluyen la responsabilidad civil de la compañía cuando el accidente se cause por la conducta culposa de la víctima o perjudicado (14).

No muy lejos de estas disposiciones específicas se coloca el artículo 39 de la Ley de 24-XII-62, que excluye la responsabilidad civil cuando “se prueba que el hecho fuera debido *únicamente* a culpa o

el caso concreto cuál de ambas partes ha contribuido más por su culpa a provocar el daño.” Cfr. PÉREZ y ALGUER, notas al *Derecho de obligaciones*, de ENNECERUS, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1954, t. II, v. I, p. 84; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, 1951, t. IV, v. II, pp. 573 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1956, t. II, v. II, pp. 686 y ss.; LATOUR BROTONS, *La compensación judicial de culpas*, Rev. Derecho Español y Am., 1958 p. 233; COSSIO, *La causalidad en la responsabilidad civil*. A. D. C. 1966, p. 547; SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, 1963, p. 68.

(12) Vid., p. ej., S. 30-IV-68.

(13) Sólo cuando el descuido imputable al agente es de “leve” entidad y significación frente a la grave y patente negligencia (del agraviado) se llega a la absolución del agente, cfr. SOTO NIETO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico*, Madrid, 1969, p. 95 y abundante jurisprudencia allí citada.

(14) Responsabilidad ferroviaria que está por cierto en la frontera de lo contractual y extracontractual. Cfr. CHAVEAU, *Les responsabilités des transporteurs*, en *Etudes Ripert*, t. II, París, 1950, pp. 400 y ss. Precisamente el concepto de fuerza mayor extraña fue reelaborado partiendo de la legislación ferroviaria por EXNER en su clásico estudio *De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el Derecho moderno*, Madrid, 1905, pp. 53 y ss. Vid. sobre la cuestión ampliamente, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 199 y ss.

negligencia del perjudicado" (extendiéndose así la exoneración incluso a supuestos de mera negligencia) (15).

Estos tres casos son quizá los más típicos en los que se prescinde de la conducta del causante del accidente, al contrario de otros supuestos de responsabilidad objetiva del Código civil, que para algunos no son sino supuestos de responsabilidad subjetiva ampliada, a permitirse una exoneración por la prueba de adecuada diligencia (16). Al no coincidir prueba de falta de culpa con prueba de lo fortuito puede hablarse en aquellos casos de responsabilidad objetiva, aunque limitada (17). Es esta la vía que se va a seguir para remediar los accidentes de trabajo, dándose la originalidad en esta materia en la ampliación de la responsabilidad objetiva tal como se concebía en la Codificación civil, al limitar y reducir los eventos que exoneraban de esa responsabilidad. Este quizá sea el mérito más importante de los sostenedores de la teoría del riesgo profesional.

---

(15) URÍA, *El seguro automovilístico y el Fondo de Garantía*. V. Curso Int. Derecho Circulación, Madrid, 1963, pp. 308-309. Cfr. SÁNCHEZ CADERO, *El sistema de responsabilidad civil en la Ley de 24-XII-62*. Ponencia en Coloquios sobre el Seguro obligatorio de automóviles, Madrid, 1963. Se trataría en tales accidentes de una diferencia entre la causación simplemente material del vehículo, y la causación jurídica por el propio dañado, total y exclusivamente causante por su culpa del hecho; una amplia exposición y justificación de la regla en SORO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico*, cit., pp. 112 y ss.

(16) Como recuerda SANTOS BRIZ en la responsabilidad por hechos de animales, "la causación del daño por el animal es suficiente para imponer la responsabilidad", recogiendo la doctrina jurisprudencial de que basta que exista el daño para que nazca la responsabilidad del dueño. "aún no imputándose a éste ninguna clase de culpa ni negligencia" (*Derecho de daños*, cit. pp. 356-357). Al contrario en los supuestos del art. 1.907. 1.908. la jurisprudencia, siguiendo un criterio no infrecuente en la doctrina, alude, al igual que en el caso de la responsabilidad por hecho de los dependientes, a un fundamento de culpa. Sin embargo, las opiniones más progresivas aceptan firmemente la tesis de una responsabilidad por riesgo u objetiva, vid. por todos. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 70 y pp. 183 y ss., donde se contiene una muy detenida crítica de la tesis de la "faute dans la garde". Cfr. RODOTÁ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 144 y ss. Nuestra doctrina ha sido al respecto bastante moderada y ecléctica, aunque recientemente parece abandonar posiciones demasiado ancladas en la responsabilidad culposa, habiendo sido el motor más importante la legislación de accidentes de circulación. Como ha dicho OLIVENCIA, la marcha hacia la responsabilidad objetiva es una constante que el Derecho no puede ignorar y un instrumento indispensable para los nuevos postulados de un nuevo concepto de justicia más social y comunitario (*Problemática que plantea la introducción del seguro obligatorio del automóvil*, Pretor, 1965, p. 616). Sobre la "tendencia objetiva ecléctica" de nuestra jurisprudencia, vid. SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, cit., pp. 327 y ss.

(17) Cfr. TRIMARCHI, op. cit., pp. 175 y ss. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Nápoles, 1965, pp. 71 y ss. MAIORCA (*Voz Colpa Civile*, Enciclopedia del Diritto, t. VII, p. 552) habla de "responsabilidad objetiva relativa" cuando ésta cesa en presencia de caso fortuito o fuerza mayor, frente a los supuestos de "responsabilidad objetiva absoluta" en que tal exención no existe criterio aceptado por otros sectores de la doctrina, cfr. COMPORTI, *La responsabilitè civile en Italie*, Rev. Int. Droit Comp. 1967, p. 842.

4. Si se tiene en cuenta que la intención de los defensores de la teoría del riesgo profesional no era otra que garantizar al trabajador la compensación de los daños que el accidente de trabajo le ocasionara, su originalidad consistía no sólo en la aceptación de la idea del riesgo objetivo, sino en la notable ampliación de éste, al no admitirse determinadas causas de exoneración que, según vimos, la responsabilidad objetiva conocida por entonces admite. Se reduce por un lado la noción de fuerza mayor, siguiéndose en ello por cierto las líneas de la legislación sobre ferrocarriles (18); por otro lado, se prescinde de la exoneración por culpa del perjudicado, pues por decirlo con CHEYSSON el riesgo profesional es el inherente a una profesión determinada independientemente de la falta del obrero o del patrono (19).

La finalidad perseguida por la teoría del riesgo profesional es conseguir una compensación al trabajador accidentado en ciertas actividades, garantizarle frente a los daños que el accidente le provoca: "entrando en la fábrica el obrero será garantizado contra todos los riesgos. Todas las causas posibles de accidentes se pondrán en común y por una ficción legal obrero y patrono renunciarán a prevalerse de ellas. El jefe de empresas no invocará más la falta, la imprudencia del obrero: deberá en todo caso una indemnización" (20).

Es constante la afirmación consciente de que la aceptación del riesgo profesional trae consigo esta consecuencia de que no exonerará de responsabilidad al empleador la concurrencia de una falta de

---

(18) La importancia de la legislación ferroviaria para la evolución de la doctrina de la responsabilidad civil es, al menos en Alemania, paralela a la que actualmente tiene la legislación del automóvil, cfr. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, en *Gesammelte Schriften*, Tubinga, 1968, p. 469.

Respecto a la elaboración de la noción de la fuerza mayor extraña, vid. por todos EXNER, *De la fuerza mayor...*, cit., pp. 133 y ss.

(19) Cit. por GARCÍA OVIEDO, *Tratado elemental de Derecho social*, 6.ª ed., Madrid, 1954, p. 370, nota 26. Según GARCÍA ORMAECHEA, "la doctrina del riesgo profesional se caracteriza por su objetividad. No guarda relación alguna con la culpa del patrono ni del obrero" (*Jurisprudencia sobre accidentes de trabajo*, Madrid, 1935, p. 9). La profesionalidad añadía una nota a la objetividad del riesgo, y era la de especialización y del riesgo. En la concepción original no era tanto el trabajar bajo la dependencia supervisión de quien se lucraba del trabajo el único punto de referencia, sino una importante idea adicional, el trabajar en ciertas actividades especialmente peligrosas que incluso se listaban (cfr. art. 3 de la Ley de 30-1-1900).

(20) LOUBAT, *Traité sur le risque professionnel*, cit., p. 46. Las justificaciones conceptuales para la imputación al empleador de esa responsabilidad van desde esta idea de peligrosidad al lucro obtenido por el trabajo (siguiéndose el principio tradicional recogido en Las Partidas "aquel deue sentir el embargo de la cosa que ha el pro della" (7,34,29) a la dirección y control patronal y correlativa asunción de riesgos, o simplemente al criterio más pragmático de la posibilidad económica de asegurarse el empleador, repercutiendo en coste en los precios (cfr., por ej., JOSSELAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, París, 1897, p. 116). En todo caso lo que se intentaba era traspasar y liberar al trabajador del riesgo de las consecuencias dañosas que para él podía tener el accidente.

la víctima en la causación del accidente; es decir, se incluye dentro del riesgo típico de accidente la falta propia del trabajador. Al efecto se afirma que "la imprudencia es forzosa, inevitable, resulta del trabajo mismo", "el obrero que vive en él a él se habitúa, se familiariza con él y olvida las recomendaciones de la prudencia" (21).

Los sostenedores de esta tesis objetiva seguían por otro lado como argumento el ejemplo de la legislación alemana y austriaca (22), que había prescindido por completo para la calificación del accidente de trabajo, de la falta en sus diversas gradaciones, excluyendo sólo, como en cualquier sistema de seguro social (23), los accidentes provocados intencionadamente por el trabajador. Si se siguen las discusiones de

(21) DE MUN, cit. por LOUBAT, op. cit., p. 216.

(22) Art. 8 de la Ley alemana de 6-VII-1884: "el lesionado y sus supervivientes no tendrán derecho alguno si el accidente hubiese sido producido intencionalmente por la víctima". Vid. el texto en, Instituto de Reformas Sociales, *Proyecto de reforma de la Ley de accidente del trabajo*, Madrid, 1908, p. 532. Cfr. WANNAGAT, *Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts*, Tübinga, 1965, p. 67. Sobre el sistema originario austriaco, vid. SERRE, *Les accidents du travail*, 3.<sup>a</sup> ed. Paris y Nancy, 1906, p. 402.

(23) Cfr. BORRAJO DACRUZ, *Configuración jurídica de los riesgos sociales*, RISS, 1961, pp. 58-59 y p. 78. Para BORRAJO, cara a la legislación anterior a la L. S. S., no era clara la valoración de la culpa en el seguro de invalidez, pues se hablaba genéricamente de que no sea imputable al asegurado; la solución a la que llegaba era la de ser sólo relevante el dolo y la culpa lata, pero no la simple negligencia. Posteriormente rectificó esa opinión cuando afirma que en todos los regímenes anteriores a la L. S. S. la incapacidad era "no imputable, es decir, en principio no causada voluntariamente por la propia víctima de la incapacidad" (*La integración de las situaciones de invalidez...* R. P. S., 1964, p. 168).

Esta última tesis parece la más correcta pues ningún elemento existía para trazar una gradación de culpas en la materia; o la culpa era siempre relevante, o era del todo irrelevante, y esto último era lo más convincente por corresponderse más exactamente a la idea del riesgo social (que excluye sólo su realización dolosa). El paralelismo con el reglamento del Seguro de enfermedad, en que la pérdida de las prestaciones económicas se deniega sólo cuando "sea intencionalmente contrada" (art. 76, D. 11-XI-43; art. 12, D. 7-VI-49: "no haber provocado... intencionalmente la enfermedad") no permite otra conclusión. Por otro lado, ni en el art. 78 del R. D. de 21-1-1921, ni, sobre todo el art. 6 de la Ley de 1-IX-1939 contienen ninguna indicación a la pérdida del derecho por culpa del trabajador que no ocasione la invalidez, al igual que tampoco en la Orden primitiva de 6-X-1939. El art. 17 de la O. de 2-II-1940 establecía una pérdida de derechos para el supuesto específico de la agravación intencional de la enfermedad o lesión productora de la invalidez, problema de extensión de responsabilidad, más que de causación del accidente, según hemos dicho anteriormente. El D. de 18-IV-1947 por vez primera añade, al requisito de que la invalidez no fuera causada por accidente de trabajo, el "que no lo sea por causa al mismo imputable", lo que textualmente repite el art. 2, 1.<sup>o</sup> ("por causa no imputable al interesado"). Imputabilidad que, en esta línea normativa, debe entenderse conectada estrictamente a la idea de intencionalidad. Además en favor de esta conclusión postula al art. 66 del reglamento del Mutualismo Laboral de 1954 que contiene las exclusiones expresas del concepto de invalidez y no contiene ninguna referencia a la culpa del asegurado.

La causación intencionada del accidente tiene un matiz fraudulento, de "beneficiarse de prestaciones indebidas". Cfr. SAINTS-JOURS, *La faute intentionnelle dans le droit de la sécurité sociale*, Droit Social, 1970, pp. 391-393.

la Ley francesa de 1899 y de sus antecedentes se observa cómo la cuestión fue especialmente controvertida, y además entremezclada con el tema diferente del tratamiento de la culpa del empleador en la causación del accidente.

Los sostenedores de la tesis de que la falta grave de la víctima debía equipararse al dolo y excluir el derecho a la indemnización, lo hacían tanto en base a razones dogmáticas como éticas (24); de igual modo los partidarios del "riesgo profesional" sostenían con todo rigor la imposibilidad de establecer la parte de responsabilidad del trabajador en el accidente (25) junto a la idea de que desanimaría al trabajador en su entrega al trabajo el preocuparse por no cometer imprudencias (26), al razonamiento más pragmático de los conflictos a que ello daría lugar (27), y al argumento fundamental de que en tal caso quedarían sin protección un gran número de accidentes (28).

5. En el proyecto aprobado por el Senado francés en 1896 se adopta una importante restricción al excluir el derecho a indemnización si hubiese habido falta inexcusable del trabajador; a su vez, la Cámara de Diputados vota la supresión del límite de la falta inexcusable adoptado por el Senado, y en el nuevo examen del texto por el Senado THEVENET, manteniendo parcialmente el punto de vista primitivo, propone una solución intermedia, según la cual si se prueba que el accidente es debido a la falta inexcusable del obrero el tribunal tiene a derecho a disminuir la pensión, y al contrario si era el patrono el que había incurrido en ese tipo de falta, la pensión podía ser a su vez mejorada (29). Este sistema de tratamiento simétrico de ambos supuestos, en busca de una solución que el propio THEVENET califica de transaccional, en el aceptado finalmente por la Ley 9 de abril de 1898 (30).

---

(24) Una amplia exposición de estas tesis se contiene en SACHET, *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 7.<sup>a</sup> ed. París, 1926, t. I, pp. 289-290; SERRÉ, *Les accidents du travail*, 3.<sup>a</sup> ed. París, 1905, p. 16; LOUBAT, *Traité sur le risque professionnel*, cit., p. 38 y ss. Vid. más recientemente, DOUARD, *La faute inexcusable dans le régime de Sécurité sociale*, París, 1961, pp. 17 y 39.

(25) Así SERRÉ, op. cit., p. 110.

(26) Cfr. SACHET, op. cit., p. 290.

(27) SERRÉ cita al respecto la frase del Presidente de la oficina Imperial de Seguros alemana de que la búsqueda de la falta grave sería "una bomba contra la paz social", opinión que él dice compartían muchos senadores (op. cit., p. 16). Sin embargo, los contrarios a la tesis habían también hablado de que franquear esas culpas sería contrario al orden público, y constituiría "un verdadero peligro social" (cfr. DOUARD, *La faute inexcusable...*, cit. p. 39).

(28) SACHET, op. cit., p. 292. Paralelamente también entre nosotros: "no habría causa alguna en que el patrono no pretendiese eximirse de responsabilidad, alegando que el accidente fue debido a la imprudencia del obrero". Instituto de Reformas Sociales, *Proyecto*, cit., p. 192.

(29) Cfr. SERRÉ, op. cit., pp. 17-19. La regla no se aplicaba en ningún caso a los supuestos de incapacidad temporal, pues se limitaba sólo a la reducción de rentas.

(30) Art. 20. "Ninguna de las indemnizaciones determinadas por la presente

La originalidad de la solución radica, primero, en prescindir de la falta para la calificación del accidente, creando una zona de inmunidad e irresponsabilidad del trabajador de sus propias imprudencias; segundo, en el solo límite de la falta especialmente grave, que no excluye, pero limita la responsabilidad patronal por el accidente, dejándose a la jurisprudencia la fijación en cada caso de ese límite, y tercero, en la utilización como criterio de gradación de la falta, el de la "falta inexcusable", desconocida por el momento en el derecho privado de la responsabilidad, y que tiene su origen en la tipificación de ciertos supuestos de responsabilidad penal y civil de los funcionarios públicos. La expresión falta inexcusable tiene, sin embargo, éxito, y del régimen de accidentes se extenderá luego a otras formas de responsabilidad (31).

El término sustituyó en el curso de las modificaciones del Proyecto de Ley, al inicialmente utilizado en las discusiones, de "falta grave"; se justificó, según THEVENET, porque la expresión "falta grave" no traduciría exactamente su pensamiento, no caracterizaría suficientemente la falta que debería ser cometida por el obrero: intentándose así hacer más rigurosa la gravedad de la falta, frente a posibles interpretaciones demasiado flexibles de los tribunales (32).

La falta inexcusable del trabajador, aplicada en la práctica francesa más en forma reconvenional para compensar la falta inexcusable del empleador que le impondría una indemnización complementaria (33), ha sido definida como la realización voluntaria o el incumplimiento voluntario de un acto, siendo esa acción u omisión peligrosa y conocida como tal, no realizándose sin orden ni autorización, así como sin necesidad ni utilidad (34). Doctrina y jurisprudencia señalan la excepcional gravedad de esta falta, y que la misma implica:

— un acto u omisión voluntario, o sea, la voluntad de actuar o de omitir (35);

---

Ley podrá otorgarse a la víctima que haya causado intencionalmente el accidente. El Tribunal tendrá derecho a disminuir la pensión que se fija en el título I si se prueba que el accidente se debió a una falta inexcusable del obrero" (El texto de la Ley, en Instituto de Reformas Sociales, *Proyecto*, cit., p. 501 y ss.).

(31) Especialmente la Ley francesa de 2 de marzo de 1957, cfr. DOUARD, *La faute inexcusable*, cit., p. 43 y ss.

(32) Cfr. LOUBAT, op. cit. p. 444, CABOUAT, *Traité des Accidents du travail*, París, 1907; PICARD y BESSON, *Traité general des assurances terrestres*, t. II, París, 1940, pp. 53 y ss. que sostiene la diferenciación entre la falta inexcusable y la grave. SACHET (op. cit., p. 297, nota 17), DOUARD (op. cit., p. 40 y ss.), entre otros, sostienen la equiparación con la falta grave aún sosteniendo el mayor rigor en su exigencia. Pero este mismo reconocimiento indica la muy especial y extraordinaria gravedad que se reconoce a la falta inexcusable, lo que hace un tanto bizantina la discusión, cfr. CONSTANTINESCO, *Inexécution el faute contractuelle*, cit., p. 315.

(33) Cfr. DOUARD, op. cit., p. 128.

(34) Así SACHET, op. cit., p. 298. Cfr. BOLLACHE, *Les responsabilités de l'entreprise en matière d'accidente du travail*, París, 1967, p. 41-42.

(35) Lo que se pone en conexión con la imputabilidad al agente de su falta:

- conciencia y conocimiento del peligro que pueda resultar de esa acción y omisión. Esa conciencia de la probabilidad del daño y su temeraria aceptación que acerca el supuesto a la preterintencionalidad se entiende, sin embargo, en sentido objetivo (36);
- la falta de causa justificativa o explicativa, de una razón válida para su realización (estrictamente en ello consistiría lo inexcusable), tal y como que el acto haya sido necesario o útil, o que haya sido objeto de una orden o autorización expresa (37).

Frente a una jurisprudencia inicial, que se critica por la excesiva admisión de la falta inexcusable del trabajador, en la actualidad la jurisprudencia sólo muy raramente admite la reducción de pensiones (38).

6. La Ley española de 1900 nada decía de la falta de la víctima como limitación o exoneración de responsabilidad patronal, no estableciéndose más exoneración de la misma que la fuerza mayor extraña al trabajo (39), y no muy claramente, los producidos por hechos constitutivos de delitos o faltas cometidos por un tercero, al entenderse como dice la R. O. de 14-1-1903 que el efecto de la Ley de 30-1-1900, determinando de la responsabilidad patronal en los accidentes, “no deroga ni enerva las reglas de derecho natural y positivo de que toda culpa dañosa o perjudicial hace derivar obligación o resarcimiento”.

La jurisprudencia de la época, sobre todo las de los Juzgados de primera instancia, repiten machaconamente la idea de que “el patrono será responsable, a no ser que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo” (40), “el art. 2 hace responsable al patrono de todo

---

se señala que la voluntad debe estar en el acto, no en la consecuencia, cfr. SACHET, op. cit., p. 299; DOUARD, op. cit., p. 43 y ss. que cita el respecto el arrêt de las Chambres réunies de la Cour de Cassation de 15 de julio de 1941, que expresamente alude a “acto u omisión voluntaria”. Sobre el significado rectificador de este arrêt, vid. CONSTANTINESCO, op. cit., p. 316.

(36) Cfr. PICARD y BESSON, *Traité general des assurances terrestres*, cit., II, p. 56. Precisamente en esta conciencia del peligro ven, los autores que la defienden, la nota distintiva entre la falta inexcusable y la falta grave, así LOUBAT, op. cit., p. 446 y ss.

(37) SACHET, op. cit., p. 300. El arrêt de 1941 hablaba de “en ausencia de toda causa justificativa” y la ley de 2 de marzo de 1957 de “aceptación temeraria sin razón válida”, cfr. DOUARD, op. cit., p. 58.

(38) Cfr. SUET, *Accidents du travail*, París, 1961, p. 32.

(39) En favor de ello argumenta la supresión por el legislador de las palabras “o producido... por falta inexcusable de la víctima”, que al lado de la fuerza mayor contenía el proyecto originario, como nos noticia la S. T. S. de 1-V-1964. También POSADA afirmaba que “el art. 2 es bastante expresivo, mucho más si se tiene en cuenta que en proyecto de ley se habla de la falta inexcusable de la víctima como eximente de la responsabilidad patronal” (Instituto de Reformas Sociales, *Proyecto*, cit., p. 160), eximente que no recogió la Ley.

(40) Sentencia del Juzgado de Concentaina de 2-IV-1904, que añade “ésta (la fuerza mayor) la constituyen fenómenos insuperables de la naturaleza o actos humanos en nada absolutamente relacionados con el trabajo, extraños

accidente que no sea debido a la fuerza mayor extraña al trabajo" (41), "único caso de excepción" (42).

La utilización de la noción de fuerza mayor extraña a la explotación elaborada, según se ha dicho, en materia de responsabilidad civil derivada del transporte ferroviario, claramente contrapuesta a la de culpa o negligencia en todos los textos positivos de la época, hubiera debido llevar a la conclusión de que la única exoneración a la responsabilidad patronal que el legislador admitía era la fuerza mayor y que para la calificación del accidente era inocua la conducta no intencional de la víctima. La Exposición de Motivos también admite la clara contraposición y diferencia entre fuerza mayor y culpa de la víctima, pero podía conducir al equivoco pues al referirse a la legislación de otros países y muy especialmente a Francia afirma, no muy correctamente, que se consideran accidentes los producidos con ocasión del trabajo industrial "salvo en los casos en que notoriamente sean debidos a un acto voluntario o negligencia inexcusable de la víctima, o resultado de la Fuerza mayor". Una lectura detenida de la Exposición de Motivos llevaría a aceptar la confirmación de la opinión antes citada de que la única exclusión admitida era la fuerza mayor extraña al trabajo y que era indiferente la falta no intencional del trabajador de la graduación que fuera.

En efecto, al margen de la falta de carácter preceptivo de las Exposiciones de Motivos, lo cierto es que el contenido de la Ley de 1900 en la referencia a esa doble salvedad está aludiendo a otros sistemas positivos "que pueden servirnos de modelos", y precisamente para justificar la introducción de la responsabilidad patronal por accidente. Y al aludir disyuntivamente a fuerza mayor y a negligencia inexcusable de la víctima, está admitiendo claramente que los tiene distinguidos, que no los confunde, y que por tanto, en la exoneración por fuerza mayor del art. 2 no se incluye ni puede influirse la negligencia inexcusable o no de la víctima, que no impedía la calificación como tal y la imputabilidad al patrono del accidente de trabajo (43).

a él" (en Instituto de Reformas Sociales, cit., p. 425). El supuesto de hecho de esta sentencia era el de un accidente ocasionado a un trabajador, que para alejarse de los peligros de unos barrenos que se estaban colocando y para tomar unas fiambres, se refugió en una iragua cercana. La caída de una piedra sobre el tejado espantó a un borrico, normalmente manso, que mató con sus coques al trabajador, parece que cuando intentaba apaciguarlo. La Sentencia que reconocía la existencia de accidente, fue confirmada por la Audiencia de Valencia (S. 19-XIII-1904; en la que por cierto se afirma que "se entiende por accidente... sin que notoriamente sea debido a acto voluntario o negligencia inexcusable de la víctima o resultado de fuerza mayor", razonando este paralelismo por el texto de la Exposición de Motivos de la Ley (ibid., p. 427).

(41) S. 4-VIII-1904. Juzgado de Badajoz (I. R. S., *Proyecto*, cit., p. 430) se trataba de una caída sufrida por un obrero que iba subido en una caballería, que transportaba dos sacos, se alegaba por el patrono la culpa del trabajador. El juzgado entiende no se trata de fuerza mayor extraña.

(42) S. 22-VII-1904. Juzgado del Ensanche de Bilbao (loc. últ. cit., p. 431).

(43) Cfr. sobre la clara distinción entre la culpa de la víctima y la fuerza mayor que alguna jurisprudencia erróneamente equiparó ALARCÓN, *Código*

7. La inexistencia de una jurisdicción especializada de trabajo y la aplicación por la sala de lo civil del Tribunal Supremo de la nueva legislación, dio lugar, sin embargo, a un resultado inesperado, juzgado bastante severamente por cierto en el seno del Instituto de Reformas Sociales, acusándose al Tribunal Supremo de derogar en vez de aplicar los preceptos muy claros de la Ley de Accidentes de Trabajo: "hállanse aún influidos por la doctrina tradicional sobre la culpa, la que rompe abiertamente esa novísima legislación, y aferrados al derecho común suelen inspirar sus fallos en aquella doctrina quebrantando, con grave daño de los derechos del trabajador, el espíritu y la letra del articulado de la Ley" (44).

El motivo fundamental de esta acusación fue la importante Sentencia del T. S. de 21 de octubre de 1903, cuya importancia histórica para la evolución posterior es indiscutible (45).

---

*del Trabajo*, t. II, Madrid, 1929, p. 284 y ss. Precisamente la fuerza mayor es algo por definición inevitable y extraño a la explotación, frente a lo evitable e interno a la explotación que se da en la culpa de la víctima. Cuanto más podría hablarse, según algunos, en tales casos de un caso fortuito (PHILONENKO, *Faute et risque creé par les énergies accumulées*. Rev. trim. droit civil, 1950, p. 330) que en todo caso se considera incluido en el supuesto del accidente de trabajo ("el caso fortuito constituye la esencia del riesgo profesional", ALARCÓN, op. cit., p. 286).

(44) Tal la moción proponiendo modificaciones a la L. A. T. que presentaron en el I. R. S. "los Vocales elegidos por la clase obrera" en I. R. S., *Proyecto*, cit., p. 21). Que añadían, "urge remediar tan grave error, el mayor que pueden padecer los Tribunales encargados de aplicar una ley: al no entenderla. Es preciso facilitar su conocimiento, mediante las aclaraciones necesarias, para que el texto de la Ley repugne toda interpretación arbitraria. Así, los desaciertos de los Jueces no podrán escudarse en la triste consideración de su ignorancia, rayana en lo inexcusable, que hoy les ampara".

(45) Cfr. ALARCÓN, *Código del Trabajo*, cit., II, p. 293, que la cita elogiosamente. En sentido crítico, aparte del I. R. S. GARCÍA ORNAECHEA, *Jurisprudencia sobre accidentes de trabajo*, Madrid, 1935, p. 23, que habla de "equivocado criterio".

El supuesto planteado en la sentencia fue el de un obrero fontanero que bajó a una zanja apoyándose en los codales, y fallando uno de ellos, cayó al fondo falleciendo después. El patrono intentó exonerarse de su responsabilidad en base a la culpa del trabajador, y de demostrar su propia diligencia, denegando el T. S. la indemnización correspondiente a la viuda. Por su importancia histórica y dogmática la transcribimos seguidamente en su integridad:

"Considerando que si bien el art. 2.º de la Ley sobre accidentes de trabajo hace responsable a los patronos de los que ocurran a los obreros en el ejercicio de su profesión, con la excepción de los que sobrevengan por fuerza mayor extraña, esto no quiere decir que aquéllos deban responder de otros accidentes que los que se producen con motivo de los actos que los obreros ejecutan naturalmente para los servicios que prestan, incluso aquellos que revistan algún carácter de imprudencia, si ésta se deriva exclusivamente de la confianza que la práctica y habitualidad de la profesión inspira, para cuya evitación impone la Ley a los patronos la obligación de adoptar especiales medidas de seguridad; pero nunca de los que exclusivamente sobrevienen por culpa notoria del obrero realizando actos innecesarios, actos, que no sólo no son precisos para sus funciones, sino que, por ser realmente extraños, no pueden comprenderse entre las medidas precautorias del patrono, pues de otra suerte se barrenarían los principios fundamentales del Código civil sobre que se basa la doctrina de la culpa,

Esta sentencia leída en su contexto, contiene una doctrina, no muy concorde desde luego con la Ley, según la cual cierto tipo de imprudencias de la víctima no exoneran de responsabilidad patronal, mientras que las otras imprudencias sí que producen exoneración. El fundamento es que éstas son "extrañas", mientras que las primeras se integran en el círculo del riesgo profesional, de manera que en este caso existe relación de casualidad con el trabajo, mientras que en el otro no, aplicándose así analógicamente o más bien extensivamente la exención establecida para la fuerza mayor extraña.

Lo que no está claro es cuál es el criterio distintivo para trazar tan trascendente y decisiva distinción, pues en la sentencia se manejan conceptos no unívocos:

— Se parte de un concepto restrictivo de accidente, consecuencia del entendimiento estricto de riesgo profesional, o sea, riesgos de la actividad específica "en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen" dice la Ley, y la sentencia explica en "actos que ejecutan naturalmente, para los servicios que prestan", contraponiéndolos a "actos que no son precisos para sus funciones, sino... realmente extraños". Desde esta perspectiva la delimitación no se realiza exactamente en torno a un tipo u otro de imprudencias, sino a un tipo de actos, imprudentes o no, que pertenecen al ámbito del riesgo profesional y otros actos, no ejecución del trabajo y extraños a él, y que aún realizados por el trabajador quedarían fuera de ese riesgo (46).

---

y nada existe en la referida Ley de Accidentes del trabajo que justifique tan extraordinaria excepción de dicha doctrina;

"Considerando que en la sentencia recurrida se declara justificado que por parte del patrono propietario de la finca donde se hacían las obras se adoptaron las medidas de seguridad posibles, siendo debido el accidente de que se trata única y exclusivamente a un acto imprudente realizado por el operario dañado al instalar el sifón de un pozo, apreciación de prueba que no ha sido impugnada en forma por la recurrente, y de la que es forzoso partir para la estimación de la naturaleza del accidente y responsabilidad que de él se derive;

"Considerando que si bien la imprudencia, cuando es excusable, al tenor de lo antes expuesto, no le quita el carácter de accidente con ocasión del trabajo, y que por ello está comprendido en la definición que de tales hechos contiene el art. 1.º de la Ley, es indudable que el acto del obrero que motivó el del presente recurso fue absolutamente innecesario para llevar a efecto la obra y con conocimiento indisculpable de lo peligroso que era, circunstancias que dan a la imprudencia calificada por la Audiencia, no el carácter de la que refiere el art. 57 del Reglamento, sino el de culpa o falta inexcusable del obrero que abandona, rehusa o no aplica los medios que debe adoptar para prevenir el accidente, puesto a su disposición por el patrono;

"Considerando que aplicada la Ley por la Audiencia en el sentido expuesto, no se cometen las infracciones invocadas en los dos primeros motivos del recurso, porque no se niega la naturaleza del accidente, si bien se le estima como caso de excepción comprendido en el art. 2.º, cuya aplicación, en el sentido que pretende la recurrente, pugna con el espíritu de la Ley, según queda explicado."

(46) Se pasa progresivamente de la idea de "relación absoluta e inmediata" (S. 25-XI-16) a la aplicación del llamado riesgo adicional, admitiéndose actos no estrictamente laborales. Una visión sumamente completa de esta evolución jurisprudencial en GARCÍA ORMAECHEA, *Jurisprudencia sobre accidente de tra-*

— El segundo razonamiento alude a la imprevisibilidad, y por tanto al carácter típico y anormal de la actuación del trabajador, que “no puede comprenderse entre las medidas precautorias del patrono”, al contrario de otras imprudencias previsibles, y por ello evitables por el patrono. Con ello parece equipararse el acto del trabajador a un “caso fortuito” (47), que por cierto no es causa de exoneración de la responsabilidad por accidente, pues ésta no se funda en su previsibilidad o no, y por tanto no reposa en última instancia en una conducta del empleador que no ha evitado, lo que podría haber evitado (48).

— El tercer argumento reside en la aplicación de los principios civiles de la responsabilidad por culpa, lo que sería el caso si por acción u omisión mediando culpa o negligencia hubiera ocasionado al empleador un daño. En todo caso el argumento de la subsistencia de las reglas civiles y el no considerar que la ley de Accidentes no contiene, “tan extraordinaria excepción de dicha doctrina” que barrenarían los principios civiles, quedan luego sobradamente desmentidas por la jurisprudencia posterior que expresamente reconoce que la legislación de accidentes obedece a distintos principios” (49), de “los que regulan las disposiciones que en la materia tiene dictadas el derecho civil privado, forzoso es someterse a sus preceptos, por más que di-

---

*bajo*, cit., p. 134 y ss. Es sistemática la exclusión de responsabilidad patronal en actos ajenos “al trabajo que realizaba” (S. 3-X-28, accidente empujando un vagón, ya finalizada su tarea) “desligado en absoluto de las labores que tenía a su cargo” (S. 14-VI-29, cantero que se accidente manejando por propia iniciativa una máquina); ha de haber una absoluta relación entre el accidente “y las labores que los obreros realicen” (S. 25-X-27; no es accidente el causado por una cox recibida por el trabajador, al atravesar un camino para hacer una necesidad; similar el caso, para ir a buscar agua (S. 16-I-28). En todos estos casos lo que se discute es la conexión o no con el trabajo, más que estrictamente la existencia de una conducta culposa o no del trabajador que produzca el accidente.

(47) Cfr. PHILONENKO, *Faute et risque crée par les énergies accumulées*, cit., p. 330, que pone el acento en una culpa totalmente atípica e imprevisible, considerándola como caso fortuito; sin embargo, es muy difícil sostener que la culpa del trabajador se encuadre en un “evento extraño al riesgo administrable económicamente”. Si esto no se admite en general para el caso de los actos de tercero, con mucho menos fundamento podrá serlo para actos del propio trabajador. Vid. sobre esta consideración de lo fortuito, TRIMARCHI, *Rischio a responsabilità oggettiva*, cit., pp. 211 y ss., esp. pp. 225-228.

(48) No se trata de una “presunción de culpa” que pueda ser contradicha por una prueba de adecuada diligencia, sino de una auténtica responsabilidad objetiva limitada legalmente y sólo relativizada por el caso de fuerza mayor extraña. El empleador respondía en todo caso del accidente hasta el límite de la fuerza mayor extraña, y salvo demostración de la misma se imponía su responsabilidad. Ni siquiera podría hablarse de “responsabilidad presunta”, pues tal presunción de responsabilidad (distinguible claramente de la presunción de culpa) puede ser eliminada demostrando la existencia de una fuerza mayor, un caso fortuito o cualquier otra circunstancia extraña no imputable al presunto responsable. Sino de una auténtica *Gefährhaftung*, cfr. CAEMMERER, *La responsabilité du fait des choses et le risque atomique*. *Gesammelte Schriften*, cit., t. I, p. 586.

(49) S. 12-II-1915.

fieran, a veces del concepto en que se informan el derecho en general" (50) de modo que "las teorías jurídicas en Derecho civil y penal sobre la culpa son inaplicables por regla general a la responsabilidad por accidentes de trabajo, cuyo fundamento radica en principios de orden social muy distintos que aquéllos" (51).

— La contraposición entre la imprudencia simple, y la imprudencia notoria e inexcusable. Al respecto la sentencia utiliza conjuntamente dos criterios diversos, uno el de la gradación y otro que diríamos de extrañeidad o justificación: es inoperante, según se dice claramente, "algún carácter de imprudencia", si ésta deriva *exclusivamente* de la confianza que la práctica y la habitualidad de la profesión inspira, es relevante y excluye o exonera de la responsabilidad patronal, al contrario, la "culpa notoria del obrero" causa única exclusiva del accidente (52). La idea que late aquí es la extrañeidad al trabajo mismo del acto del trabajador, que se aplica traslativamente a la imprudencia: "imprudencia extraña" se entiende así la que no resulta (*rectius*, se justifica) de la confianza que inspira la práctica habitual del trabajo, y tal imprudencia cuando es la causa exclusiva y única de la lesión no genera responsabilidad patronal (53). En este plano la imprudencia profesional ni es extraña al trabajo, ni es injustificada, pues se exime al trabajador de las consecuencias para él perjudiciales del acto, por estimar que éste se justifica en la confianza que el propio trabajo inspira. Por ambas razones esa actuación imprudente entra en el círculo de riesgos normales de la explotación.

— Pero a su vez la sentencia alude expresamente a lo que no es sino una gradación de la culpa del trabajador. Puesto que esa culpa no profesional, extraña, causa exclusiva del accidente, se califica también de "notoria", de inexcusable, siguiendo con ello la pauta marcada por la legislación francesa, y que el legislador español expresamente había suprimido del Proyecto. La influencia del sistema vecino se evidencia: se alude al "conocimiento indisculpable de lo peligroso que era", junto a su carácter "absolutamente innecesario para llevar a cabo la obra". Con ello parece que se está afirmando dos cosas: primero, que un acto peligroso, incluso temerario es excusable si necesario para la realización del trabajo; segunda, que la culpa ex-

(50) S. 24-VIII-1918.

(51) S. 10-VII-1918.

(52) Criterio de causa exclusiva recogida hoy por la legislación del automóvil, lo que implícitamente significa, según Soro, la no admisión de la compensación de culpas en los demás casos, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico*, cit., p. 113.

(53) De modo que se entiende que tal exclusividad no existe cuando la lesión emana también del "peligro que existe al practicar la operación ordenada por el patrono" (S. 1-IX-1940). Criterio de acomodar la culpa y compararla con el grado de peligrosidad del trabajo mismo, sopesando lo más decisivo en la producción del accidente, que no ha sido debidamente reiterado ni profundizado posteriormente. Su base dogmática es rigurosa, pues de otro modo se sometería al culpable a unas consecuencias desproporcionadas con su culpa. Vid. TRIMARCHI, op. cit., p. 302

cluyente del accidente no tiene sólo que ser “extraña” sino venir connotada con sus notas de especial gravedad, es culpa “notoria”, resultado de una actuación voluntaria realizada con conocimiento indisculpable del peligro.

La sentencia venía, pues, a reconocer una zona de inmunidad e irresponsabilidad del trabajador respecto a sus propias culpas, y una zona al contrario en que esas culpas le podrían ocasionar la pérdida de derechos por los perjuicios derivados del accidente. Y precisamente esta zona era la correspondiente a la falta inexcusable, falta de especial gravedad, con aceptación temeraria de un riesgo representado o innecesario, no existente según la opinión jurisprudencial en aquellos casos en los que la posible imprudencia sea fruto en la confianza que produce la realización habitual del trabajo.

8. Esta sentencia no permanece aislada, sino que pronto es seguida por otros que consolidan inicialmente la doctrina (54), para luego sufrir una importante desviación, al insistirse cada vez más en la idea de profesionalidad o no de la imprudencia. Todavía la sentencia de 1 de mayo de 1914 habla de “actos que realicen en su profesión, aun cuando impliquen una cierta imprudencia, siempre que no pueda calificarse de extraña al trabajo”, poniendo el acento en la extrañidad al trabajo (55), pero ya la Sentencia de 28-1-1916, modifica la expresión, y aluden a esa imprudencia como “derivada” de la habitualidad de la profesión (56), de modo que la S. de 30-X-1917, alude a reiterada jurisprudencia de que “aunque el hecho productor del accidente implique cierta simple imprudencia, derivada de la habitualidad del trabajo, no siendo manifiesto que obrara el lesionado maliciosa e intencionalmente, no excusa aquella negligencia de las responsabilidades que la Ley impone al patrono” (57).

Como contrapartida se exime al empleador de responsabilidad en los casos de imprudencia no profesional, pero siempre en supuestos de especial gravedad de la misma, son frecuentes expresiones como ésta: “lo hizo con falta de previsión y evidente temeridad” (58); “se produzca por la voluntad impremeditada o por verdadera imprudencia del que resulte lesionado” (59); “de manera exclusiva, por culpa notoria del obrero, al ejecutar actos innecesarios a su ocupación, y además constitutivos, de una verdadera imprudencia de su

---

(54) Así la S. de 7-XI-1905.

(55) Se trataba de un carrero que se accidentó al bajarse del carro que conducía.

(56) Es el caso de un mozo que baja al lagar a dar salida al mosto, y perece asfixiado, así como otro compañero que acudió a auxiliarle.

(57) Supuesto interesante: machacador de piedra que pierde el ojo por una lasca, no habiendo usado los anteojos protectores. Pese a ello se considera también accidente de trabajo.

(58) S. 12-9-1913.

(59) S. 11-VI-1915 (cruce de vía, sin orden de nadie y aún contraviniendo las del capataz).

parte (60); “al mayor o menor grado de imprudencia que podría suponer el acto” (61); “no siendo nadie responsable de los actos de notoria imprudencia temeraria” (62). Sin embargo, sólo en una ocasión se afirma directamente que “para que cesara la responsabilidad del patrono sería requisito indispensable que el acto lo hubiera realizado el obrero intencionalmente y no efecto de una imprudencia simple” (63).

En la evolución posterior ha triunfado, pues, la noción de imprudencia profesional y aun cuando a ella se contraponen normalmente una imprudencia notoria, temeraria, verdadera, no justificada, lo cierto es que no existe doctrina consolidada de que la simple imprudencia aún no profesional no exonere de responsabilidad al empleador.

9. El éxito de la noción de imprudencia profesional se debió al influjo del Instituto de Reformas Sociales. En efecto, la desgraciada expresión contenida en la S. de 21-X-1903 de que el patrono no puede responder de esas imprudencias porque ello barrenaría los principios del Código civil, así como lo poco equitativo de la solución ante el supuesto planteado, creó un movimiento de opinión, especialmente en los representantes obreros “del Instituto, tendente a suprimir como circunstancia eximente de responsabilidad patronal la culpa o falta inexcusable del patrono, recogida en dicha sentencia que se estima ha interpretado de una manera que ciertamente no corresponde a la doctrina del riesgo profesional en la que la Ley descansa y, sobre todo, al sentido literal del artículo en cuestión” esa representación obrera sugirió que se añadiera al art. 2.º el siguiente párrafo: “La imprudencia profesional, o sea, la derivada del ejercicio habitual de un trabajo no exime al patrono la responsabilidad”, saliéndose así al paso de una interpretación abusiva de la fuerza mayor que incluyera esa imprudencia (64); que “lejos de ser causa de excepción de la responsabilidad del patrono... es el caso a que esa responsabilidad corresponde”.

La memoria general elaborada por la sección técnico-administrativa, acepta ese punto de vista “con el objeto de que no prevalezca

---

(60) S. 19-I-1916 (aparse de un tranvía en marcha). Criterio posteriormente abandonado por el T. S. en la S. de 22-VI-1934).

(61) S. 5-VII-1916. De nuevo aquí se nos recuerda la peligrosidad propia del trabajo, muy típica del caso en cuestión: apartado de toros en una plaza, trabajador corneado y muerto por un toro al que hostigó con un látigo desde un burladero.

(62) S. 3-VII-1919. Obrero que perece al derrumbarse una bóveda, por haber derribado, en contra de órdenes recibidas, un machón que la sostenía. En la Sentencia se aludía también al peligro que expuso a sus compañeros.

(63) S. 28-VI-1916. Con ello se argumentaba el carácter de accidente del sufrido por un obrero panadero que puso la mano en los rodillos de la amasadora, al echarla a andar, perdiendo tres dedos.

(64) I. R. S., *Proyecto*, cit., pp. 25 y 58. Se afirmaba que “la fuerza mayor extraña al trabajo... es por completo independiente del trabajo mismo, y precisamente por esta separación funda la ley la irresponsabilidad del patrono... La imprudencia profesional vive, por el contrario, unida al trabajo que el obrero realiza” (p. 25).

semejante interpretación radicalmente contraria al principio fundamental en que la Ley se inspira”, añadiéndose, por cierto, al párrafo final del art. 1 del Proyecto de Reforma que hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima”, y sustituyendo la expresión “derivada”, en la propuesta obrera por “la que es consecuencia” (65). En la Comisión jurídica se discute, entendiéndose AZCÁRATE, CANALEJAS y POSADA que no puede prescindirse de ella “pues esto valdría tanto como hacer ineficaz la Ley de Accidentes” (66). Se acepta, por esa comisión así como en el pleno tras una breve discusión (67), como párrafo 2.º del art. 2.º del Proyecto de reforma de la ley de accidentes, lo siguiente: “la imprudencia profesional, o sea, la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo, exime al patrono de responsabilidad”. Del conjunto de discusiones se deduce claramente que el enfrentamiento más general es entre los partidarios de la falta inexcusable como exoneradora de responsabilidad, siguiendo la línea de la Sentencia del T. S. (68), y aquellos que querían una solución más progresiva que solicitan que cuanto esa falta deriva de la confianza se tiene en el trabajo habitual no sea relevante (69).

Lo que sorprende es que al centrarse la discusión en ese punto, no se llegará a una solución más clara y concorde con las opiniones que implícitamente en parte de que las simples imprudencias son irrelevantes. Lo que se quiso decir fue que era causa de excusa la imprudencia grave resultante de la confianza que inspira el trabajo, pero lo que vino a decirse fue escuetamente la irrelevancia de la imprudencia, sin referencia a gradación, cuando es profesional.

10. La Ley de 10 de enero de 1922 acepta íntegramente la propuesta del Instituto adicionándose al art. 2 del párrafo relativo a la imprudencia profesional, como es sabido a la legislación actual hasta la vigente. El ministro MATOS explica la finalidad de la reforma, en

---

(65) Loc. cit., p. 173. Debe subrayarse que la adición de la provocación intencional hubiera sido un avance en el tratamiento de la culpa de la víctima, pues la culpa por definición es no intencional. Fue la representación obrera (en concreto, LARGO CABALLERO), lo que se opuso a esta adición por estimarla innecesaria, pues entendía no era posible que obreros se ocasionaran voluntariamente daños. La propuesta concreta fue finalmente desechada (ibid., p. 219).

(66) Ibid., p. 191.

(67) “El señor Marqués de Camarines abogó porque la imprudencia profesional eximiese al patrono de responsabilidad; el señor Moreno Rodríguez manifestó que sólo debe tenerse por imprudencia temeraria aquellos actos que procedan de la distracción del sujeto, por la confianza de sus fuerzas, por la seguridad que da el hábito, etc., pero en modo alguno los que son voluntarios, los cuales caen bajo la jurisdicción del Código penal, y después de hablar brevemente en favor de este párrafo, los señores Largo Caballero y Maluquer y decir el señor Presidente Azcárate que si se suprimiera se destruiría toda la eficacia de la Ley es aprobado en votación ordinaria” (ibid., p. 219).

(68) Cfr. voto particular del señor SÁNCHEZ DE TOCA (ibid., p. 266).

(69) Cfr. la exposición del señor PINART (en nombre de varias sociedades obreras de Barcelona), que había propuesto al siguiente texto “a no ser que sean debidos a notoria imprudencia del obrero, ajena a la confianza que se tiene en el trabajo habitual” (ibid., p. 341).

base a que el acto imprudente del obrero le lleva siempre a producir una mayor energía y, un mayor rendimiento a su actividad, imprudencia que beneficia al patrono, por lo que no debe desamparar al obrero (70).

La conclusión a la que llega fácilmente la doctrina es que “la única imprudencia que no exime de responsabilidad al patrono” es “la profesional” (71). De modo que deja de tener interés “la mayor o menor intensidad de la culpa que permite calificarla como leve o grave... sino su entronque o ligazón con el riesgo profesional originante de la responsabilidad en los accidentes” (72); debiendo trazarse una distinción entre imprudencias profesionales que forman parte del trabajo mismo y las otras imprudencias del trabajador “realizadas por éste de una manera exclusivamente personal, y que ninguna relación guardan con el trabajo que lleva a efecto... totalmente ajena a la función laboral, de aquí que los accidentes ocasionados por una culpa profesional sean indemnizables y no lo sean los debidos a una imprudencia del trabajador” (73).

Y si la doctrina llega a esa conclusión, lógica pero menos progresiva que la que tenían en mente sus proponentes, no es de extrañar que la jurisprudencia siga también igual dirección y deje de preocuparse en un principio por la gradación de culpas y se concentre a examinar la frecuente utilización de la exoneración por imprudencia en el carácter profesional o no de ésta (74). Pero para esta delimitación, difícil pese a la existencia de una terminante definición legal, se encuentra ya con muy discutibles datos doctrinales que ven en la imprudencia profesional una causa de disculpa de falta de previsión, por efecto de la familiaridad del riesgo, y propia del trabajador juicioso y sensato, de ahí que se requiera para su admisión que el acto u omisión imprudente “se produzca por la propia víctima en el ejercicio de su profesión habitual” no sea “intencional”, y no se ejecute con desprecio de las normas de juicio y sensatez indisculpables en toda conducta humana, pues en caso contrario el daño sería imputable a culpa grave del obrero (75).

Se llega de nuevo desde esta perspectiva a la gradación de culpas, pero con un sentido aún menos progresivo que la Sentencia de 1903 que al lado del criterio de la gradación, admitía el de la inexcusabilidad de la acción. Se desvía la intención de los proponentes de la reforma de estimar como excusa específica de la conducta culposa

(70) Cit. por ALARCÓN, *Código del Trabajo*, cit. II, p. 292.

(71) ALARCÓN, loc. cit., p. 292.

(72) HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 1945, p. 120.

(73) HERNÁNDEZ, loc. cit., p. 121.

(74) Así la S. de 13 de marzo de 1930, aún admitiendo que el acto del obrero (ir sobre una mesilla unida al tren, por el asimiento de aquél al último vagón, y sin ninguna otra unión) en sí denota “una notaria y grave imprudencia”, la califica de profesional por ser habitual y corriente.

(75) ALARCÓN, loc. cit., p. 292.

del grado que sea, el que la misma nazca de la confianza producida por el trabajo habitual.

La jurisprudencia sigue, al contrario, el sólo criterio de la gradación de culpas, y construirá paulatinamente un standard de conducta del trabajador diligente, en el que admitirá como inoperante un cierto margen de actuación "imprudente", no sólo resultado de la confianza, sino en sí mismo habitual, normal en la profesión (76).

Con frecuencia se contraponen así una actividad meramente negligente en la realización del trabajo considerada como imprudencia profesional, de la "culpa del obrero" de las que él mismo se hace autorresponsable, al tener que soportar sus consecuencias (77).

Se estima que si bien la conducta imprudente "profesional" del trabajador significa, una conducta negligente o descuidada responde sin embargo, al standard de conducta de un trabajador normal: incluso la jurisprudencia parece presuponer la inevitabilidad de estos hechos normales, se trataría así de una "negligencia without fault" en la conocida expresión de EHRENZWEIG (78).

Con lo que la conclusión extrema sería que en los casos de imprudencia profesional no existiría, por estimarlo así la Ley, culpa del trabajador. Y que en los demás casos en los que existe culpa del trabajador, ésta exoneraría de responsabilidad al empleador.

11. En el fondo está conclusión sólo sería admisible en el marco ideológico de que parte de la sentencia tan citada de 1903, que en base a los preceptos civiles (79) estima no debe imputarse al empleador un accidente en que éste demuestra que ha cumplido diligentemente sus deberes de previsión y seguridad, así como que aquél ha ocurrido por una acción imprudente del trabajador, innecesaria e inex-

---

(76) Así, entre otras, la S. de 16-V-58.

(77) Según SAVATIER, es la previsibilidad la que permite la evitabilidad (*Traité de la responsabilité civile*, 2.<sup>a</sup> ed, París, 1950, I, n. 166).

(78) Es el título de su conocida monografía publicada en 1951. Ya la S. de 15-II-1908 hablaba de "sin culpa constitutiva de imprudencia".

(79) Art. 1.905 y siguientes. Se estima injustificadamente el que el último fundamento de la responsabilidad patronal está en su propia culpa. Idea que inspira también algunas sentencias posteriores; así, la de 3 de octubre de 1928 afirma textualmente, "su patrono, siendo ajeno al trabajo que realizaba cuando sobrevino, está exento de culpa y no debe indemnización alguna". La misma idea, vinculada a la evitabilidad de los accidentes, se encuentra en la de 25 de mayo de 1907, que deniega la calificación de accidente a los sobrevenidos por la realización de actos innecesarios y culposos "los cuales, por ser realmente extraños, no pueden hallarse comprendidos en las medidas precautorias que el patrono es obligado a adoptar en todo momento".

Un sentido no totalmente diferente tiene el párrafo 2.º del art. 14 del Reglamento de Accidentes de trabajo, que impone al empleador medidas preventivas para "defender también al trabajador contra las imprudencias que son consecuencias del ejercicio de un trabajo" siempre que este sea peligroso; precepto en que alguna jurisprudencia ha visto el fundamento de la imputabilidad al patrono de las consecuencias de los accidentes producidos por imprudencias profesionales.

cusable. Pero, como es sabido, la responsabilidad por accidente no deriva de la mayor o menor diligencia del empleador; no se establece una presunción de culpa o de responsabilidad, de la que él sólo pueda exonerarse demostrando la fuerza mayor o la culpa propia de la víctima que por su propia conducta provocara el accidente, sino escuetamente del dato objetivo de que el hecho sea producido en ocasión y por consecuencia del trabajo. Esa ocasionalidad no es absoluta, pues se admite la rotura del nexo causal por la fuerza mayor siempre que sean extrañas al trabajo. Cuando más tarde, por esa regresiva legislación, se admite la exoneración por la culpa del trabajador que no pueda estimarse imprudencia profesional (por la jurisprudencia equiparada en sus efectos a la fuerza mayor), debería haberse acordado en todo caso igual requisito de ajena y extraña al trabajo (80).

Sin embargo, a esta lógica conclusión no llega la jurisprudencia que trazaba, por la influencia doctrinal antedicha, muy estrictamente los límites de esa imprudencia. Por de pronto, dos cuestiones no exactamente idénticas se han confundido con frecuencia, una la conexión con el trabajo y otra la existencia de una conducta culposa del trabajador. Puede que existan actos extraños al trabajo (81), realizados por el mero interés personal del trabajador (82), y ajenos por completo a la actividad laboral del trabajador, y el problema que entonces se cuestiona es si se dan los requisitos de ocasionalidad o consecuencia del trabajo, haya existido o no una conducta culposa del trabajador en tales casos (83).

El tema de la conducta culposa del trabajador cuando se plantea con su significado específico es, al contrario, cuando esa conexión con el trabajo no tiene duda, sino sólo en base a haberse producido la lesión mediando culpa del trabajador que ha realizado acciones u omisiones culposas constitutivas de culpa o negligencia y que han dado lugar al accidente.

En buena doctrina, la primera pregunta que se habría de hacer, de admitirse una exoneración, es cuándo y en qué circunstancia pagaría tal culpa, es decir, qué relación de causalidad debe existir entre la culpa, el riesgo profesional y el accidente para que respectivamente sea decisivo el primero o el segundo. Así lo ha entendido la jurisprudencia inicial para actividades peligrosas requiriendo que el acci-

---

(80) Así correctamente la S. 6-10-1920, alude a actos que "impliquen imprudencia, siempre que no puedan calificarse de extraños al trabajo mismo".

(81) SS. 20-6-1932, 8-7 y 7-7-1932.

(82) S. 3-3-1952.

(83) La S. de 29-5-1934 alude a "sin relación con el trabajo contratado y sin redundar siquiera en beneficio de su patrono, de la industria de pesca o de otros intereses conexos. Esta referencia tan genérica ha permitido plantear, entre otras la cuestión de la calificación del accidente en caso de huelga, no resuelto expresamente por nuestra jurisprudencia inicial, al contrario de lo ocurrido en la jurisprudencia de otros países (vid. ALARCÓN, op. cit., II, páginas 155-156). Cfr., FRIEDEL, *La grève et l'accident du travail*, Melanges Voirin, París, 1967, p. 215 y siguientes.

dente derivara “exclusivamente” del acto imprudente (84). Criterio que desde luego no es normalmente repetido (85), y que además no ha sido lo profundizado como debiera, quizá por no haberse previsto legalmente una solución gradual de reducción de indemnizaciones. Tampoco la jurisprudencia utiliza otro criterio inicial, que también recoge el legislador francés, de la necesidad o utilidad de la acción realizada por el trabajador, de este modo se llega a soluciones muy poco equitativas (86), por el contrario, es muy frecuente el criterio de la desobediencia a órdenes o prohibiciones de la empresa que aplica, por cierto, con escasa flexibilidad (87), y que aunque no sean acciones propiamente imprudentes e integren, sólo cuanto más un ilícito contractual, la jurisprudencia ha estimado que dan lugar a una imprudencia no profesional (88).

---

(84) S. 1-12-1914.

(85) Sin embargo, algunas sentencias hablan de “consecuencia directa innecesaria” (S. 5-12-1968), de “causa eficiente del fallecimiento” (S. 29-6-1934, etcétera. Recientemente la S. de 6-XII-1962 distingue una causa remota y una causa próxima en el accidente.

(86) Tal ocurre por ejemplo en materia de accidentes ocurridos por actos espontáneos de salvamento, en el que la jurisprudencia ha sido indecisa negando originariamente la calificación de accidentes (S. 7-XI-1913) para afirmar luego en la de 28-I-1916 y sobre todo en la de 16-III-1918 el carácter de accidente (cfr. ALARCÓN, loc. cit., II, p. 151. La jurisprudencia posterior ha seguido siendo indecisa, habiéndose resuelto la cuestión por último, de modo expreso en la LSS. art. 84).

(87) Es constante en la jurisprudencia la implícita equiparación entre conducta contraria a órdenes e imprudencias no profesionales. Así, SS. 1 y 15-X-1915, 26-8 y 6-XII-1918, 3-VII-1919, 1-VII-1922, 14-XII-1925. Más tarde parece aludirse en estos casos a fuerza mayor extraña (así la S. de 13-X-1958), junto a la idea de imprudencia temeraria. La doctrina más reciente parece enfocar la cuestión desde la perspectiva de la conexión o no con el trabajo, exista o no imprudencia en sentido propio. Un eco de esta idea se observa en el art. 84, 5, c) LSS. En otros ordenamientos se equipara expresamente la desobediencia del trabajador a su conducta dolosa, así el art. 7 de la Ley brasileña de accidentes de trabajo (cfr. RUSSOMANO, *Comentarios*, 2.<sup>a</sup> ed., Río, 1962, t. I, p. 75 y ss.).

(88) “El accidente... tuvo pleno origen en un acto de su voluntad contrario a orden prohibitiva de quien podía darla, conocida y reflexivamente desobedecida como tal culposo, con culpa iniciada y consumada exclusivamente en su ánimo para realizar actos que de ningún modo exigía la índole de la ocupación laboral en el momento de efectuarlo, y, por tanto, excluyentes del concepto de imprudencia profesional” (S. 16-I-1947). Se confunden, pues, en esta sentencia tres nociones distintas, la de acción culposa peligrosa, la de realización de actos extraños al trabajo y la de actos contrarios a órdenes. Más exacta la S. de 4-X-1944 mantiene distinguido desobediencia e imprudencia extraprofesional: “con expresa desobediencia a lo ordenado por la representación patronal, es evidente la exoneración de responsabilidad para la desgracia. Aunque mediare imprudencia profesional, no por ello se elimina la desobediencia, que ocasiona la radiación de protegibilidad (S. 4-X-1944).

Dogmáticamente se trataría de la diferencia entre la asunción personal del riesgo (actos ajenos al trabajo, sin conexión alguna con el mismo) y la conducta culposa de la víctima de carácter extraprofesional. Sobre esta diferencia, vid., por todos, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, pp. 313-315 (“la imprudencia del dañado no es el fundamento de la asunción del riesgo, ni un presupuesto necesario de ella”).

12. Lo que la jurisprudencia utiliza como criterio decisivo es, antes bien, esa noción de "imprudencia natural", no culpable, anormal, esperable del trabajador (89), y que como tal debe corresponder a ese grado normal, pues en otro caso se entraría dentro de la zona de la culpa exoneradora. Son normales expresiones del tipo de las de "falta de previsión y evidente temeridad" (90); "imprudencias y temeridad del lesionado" (91); "grave falta de previsión" (92); "de consecuencia perfectamente previsible del riesgo" (93), etc., o se habla de la necesidad de una "mínima precaución" (94).

En base de esta corriente jurisprudencial, ALONSO OLEA ha podido afirmar que los casos más notorios de imprudencia no profesional son "aquellos que no son constitutivos de una mera imprudencia no profesional, sino de una temeridad rayana en el absurdo, conforme a la medida que dan las normas usuales de conducta de los trabajadores ocupados en la misma profesión u oficio del accidentado (95).

Desde el punto de vista dogmático, esta postura jurisprudencial se corresponde a la idea de que la imprudencia profesional "es aquella en la que se afronta un peligro previsible con la confianza derivada de poderle evitar" como decía la S. de 6-XII-1954, y por ello mismo se considera la conducta del trabajador de por sí, lícita y no culposa, incluyéndose en la zona de riesgo laboral, idea que se acentúa además al parecer, con el seguro obligatorio, la noción del riesgo asegurado. A partir de la creación de la Sala de lo Social en el T. S. y la formulación de la teoría jurídica del peligro adicional, y desaparecidos los supuestos más comunes de fuerza mayor, la defensa forense que van a utilizar los responsables del accidente va a ser precisamente la imprudencia profesional.

Por un momento, y precisamente en base a esa teoría del riesgo adicional, pareció que la jurisprudencia iba a superar los límites de la imprudencia profesional, dejando sólo como circunstancia exoneradora al "peligro imputable a una voluntaria y desordenada conducta del propio accidentado", "buscado de propósito", esto es, la culpa intencional (96); pero esta corriente no llegó a cristalizar, insistiendo

---

(89) Y como tal, previsible y evitable por el empleador, al que se impone precisamente su previsión y evitación (art. 14, 2, Reglamento de 22-VI-1956). La perspectiva es psicológicamente falsa, pues los psicólogos del trabajo afirman la inevitabilidad de estas imprudencias. Cfr. RUSSOMANO, loc. cit., p. 75.

(90) SS. 12-9-1913 y 26-XII-1952.

(91) S. 30-IX-1927.

(92) S. 22-VI-1934.

(93) S. 10-V-1948.

(94) S. 17-X-1945.

(95) "La responsabilidad por accidente de trabajo", cit., p. 34. En algún caso, sin embargo, la profesionalidad de la imprudencia adquiere un matiz más subjetivo, así, la S. 13-X-1958, califica de extraprofesional una imprudencia por falta de relación "con el ejercicio de la profesión de que se trate, y la profesión habitual del fallecido trabajador era la de mozo de almacén y ayudante de conductor".

(96) S. 29-VI-1934, que trataba de un suicidio.

la jurisprudencia hasta nuestros días en que el principio de la responsabilidad patronal no elimina por completo la teoría de la culpa en el campo laboral (97).

Aun cuando alguna sentencia afirma que "cualquiera que sea su entidad la imprudencia profesional da lugar a derecho a indemnización, pues "la Ley no toma en consideración la mayor o menor importancia o magnitud de la imprudencia" (98), lo cierto es que la doctrina consolidada es exactamente la contraria, precisamente por estimarse que la imprudencia justificada derivada del ejercicio habitual de un trabajo, en ningún caso puede consistir en "la actuación irreflexiva del obrero ante riesgos normalmente previsibles y evitables" en que según nuestro T. S. consiste la imprudencia extraprofesional (99), en contraste con "la imprevisión debida a la habitualidad y confianza en el trabajo" (100).

13. En suma, la doctrina jurisprudencial es la que viene a concluir que "la culpa del obrero que exime de responsabilidad al patrono en el caso de siniestro laboral es la grave, o sea, la que implica una negligencia inexcusable, pero que no tiene tal carácter la leve" (101), siempre que tenga conexión con el trabajo (102).

Con ello lo que se está es aplicando la noción de diligencia normal en su sentido objetivo y finalista. Si diligente es la conducta que un hombre sensato y atento hubiera realizado encontrándose en la situación del agente (103), y además no toda actuación peligrosa puede considerarse antijurídica, pues ello paralizaría la vida social, en la

(97) SS. 3-XI-1959, 10-V y 14-XII-1960, 25-I-1961 y 27-VI-1962.

(98) S. 7-XII-1959.

(99) 17-V-1957, que añade "no justificada por la habitualidad y confianza en el trabajo". Según la S. de 6-VI-1958 la imprudencia profesional "ha de suponerse que estando inspirada en la facilidad y en el hábito del trabajo ocurre sin prever ni pensar que pueda ocurrir y sin romper el nexo laboral".

(100) S. 31-X-1958.

(101) S. 31-X-1958, sólo en algún caso ha procurado la jurisprudencia un deslinde más riguroso añadiendo a la gravedad profesional, la nota de conciencia de peligro y la no justificación de la conducta. Así, la importante S. 8-X-1962 afirma que la imprudencia extraprofesional "exige como condiciones esenciales que la falta cometida por el operario sea de una gravedad excepcional, que no esté justificada por ninguna causa legítima y que la víctima comporte una conciencia clara del peligro.

(102) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La conducta delictiva de la víctima en la calificación del accidente de Trabajo*, RISS, 1961, p. 523 y ss.

(103) Cfr. DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, Colonia, 1963, p. 157 y ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 118 y ss.

Como es sabido la corriente finalista tiende a superar la visión tradicional del ilícito culposo, afirmando que en la misma la ilicitud consiste en la falta de correspondencia entre la conducta efectivamente realizada y la requerida según el criterio de diligencia que debe observarse en las relaciones sociales, con ello se traspaasa la noción de negligencia del plano de la culpabilidad al de la antijuricidad. Vid. sobre la cuestión ampliamente, CIAN, *Antigiuricidà e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 191 y ss. donde se examinan los intentos de aplicación al campo privado de las tesis finalistas.

que ha de admitirse una cierta dosis de peligro (104), en base al concepto de riesgo es calificado como antijurídico sólo aquella acción que crea un peligro superior a la medida normal de las relaciones sociales o, en otras palabras, que va más allá del límite de lo socialmente adecuado (105). Por eso, desde esta perspectiva, la base del concepto de riesgo está la noción del riesgo consentido: el sujeto en el desarrollo de su actividad debe adoptar determinadas precauciones para no exponer bien jurídico a un peligro "excesivo", según las consideraciones éticosociales del momento a un peligro no socialmente adecuado (106), mientras que se admite un peligro "normal" en que se integrarían esas conductas imprudentes profesionales que quedarían al margen de lo ilícito-culposo (107).

Se ha creado un standard de conducta admitida y allí se admite la calificación de laboral de accidente, mientras que pertenecen a la esfera de lo ilícito culposo las conductas del trabajador que signifiquen un peligro excesivo, anormal con la conciencia de que existe una probabilidad excesiva de eventos lesivos (108), incluso si esa conducta esté relacionada con el ejercicio habitual de un trabajo y reposa en una confianza "excesiva" derivada de esa habitualidad. No se ha alcanzado, en consecuencia, la finalidad perseguida por los introductores

---

(104) La idea de "riesgo tolerado por la sociedad", ya clásico en la doctrina alemana desde VON TRUR, TRAGER, etc., ha sido de nuevo puesta en circulación, aplicando las tesis de la Sozialadäquanz, por NIPPERDEY (en *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit im Zivilrecht*, NJW, 1957, p. 1777. Cfr. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., p. 468 y ss.

Como aclara MÜNZBERG la idea de "riesgo consentido" carecería de significado práctico para afirmar que una conducta "en general" y "en sí" es permitida, si en el tiempo, modo u forma de realización no traiga un peligro concreto y real para un bien. "El concepto de riesgo consentido sólo tiene sentido fundamentalmente allí donde una determinada conducta individual, aunque en concreto sea peligrosa, puede ser realizada", lo que se determina en cada caso sopesando los diversos intereses en juego (*Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt, 1966, p. 351).

(105) Cfr. CIAN, op. cit., p. 195.

(106) CIAN, op. cit., pp. 203 y 234; NIPPERDEY, loc. cit., p. 1778: En sentido crítico aún aceptándolo en cierta medida, DEUTSCH, op. cit., p. 243 y ss., esp. 249-250.

(107) Algunas sentencias se hacen eco de la discutida distinción entre culpa (activa) y negligencia (omisiva), así la S. de 16-V-1958 habla de "negligencia o descuido". Por su parte la S. de 31-XII-1959 alude a "estar distraído" en base al hábito, "labor continuada que exculpa de cualquier imprudencia".

Dogmáticamente no es admisible esta consideración de "licitud" de la conducta del trabajador que incurre en imprudencia profesional; la conducta debe integrarse en el ilícito culposo, sin que ello sea óbice para su calificación de accidente; la culpa, en efecto, no excluye del concepto de accidente, sino la especial gravedad de la misma calificable de temeraria. Por ello una imprudencia no temeraria no excluye, p. ej., de la responsabilidad de los arts. 1.902 y 1.903 C. c.

(108) "Temeraria provocación o asunción de un riesgo innecesario", con clara conciencia y patente menosprecio del mismo, como afirma nuestro T. S. (cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad social*, 3.ª ed., Madrid, 1970, página 60).

de la figura de eliminar la relevancia de faltas graves no extraña en sí mismas al trabajo, y por ello mismo, excusables.

14. Por otro lado, la noción misma de imprudencia profesional con su doble requisito objetivo (habitualidad) y subjetivo (confianza) que le señala la doctrina (109), sufre desde otro plano una profunda crisis al tener que llegar la jurisprudencia a soluciones equitativas aplicando el concepto sin darse exactamente ambos requisitos en el caso en cuestión.

Así ocurre en concreto con el caso de la impericia. Tradicionalmente la impericia ha venido siendo asimilada a la culpa (110), y en esta línea la doctrina contrapuso entre nosotros la falta de previsión disculpable por la familiaridad del riesgo, de la falta de previsión y precaución propia de la ineptitud, siendo sólo la primera la irrelevante en orden a la responsabilidad (111). A esta conclusión habría de llegarse de aplicar estrictamente la definición legal de la imprudencia profesional, dejándose fuera los accidentes provocados por impericia del trabajador; sin embargo, el T. S. pronto equiparó con la confianza hija del hábito, a la inexperiencia que no da lugar a guardar todas las precauciones prevenidas (112).

Paralelo es el caso de la falta de previsión en trabajos distintos del habitual. En tal caso, al no darse como causa justificadora de tal imprevisión la habitualidad en la realización de ese trabajo, no podría aplicarse genuinamente la noción de imprudencia profesional, al no ser consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo. Aquí de nuevo se objetiva la noción de imprudencia profesional para aplicarla en forma de standard de conducta, al no exigirse tanto la habitualidad o reiteración en la relación del trabajo, sino la habitualidad, esto es normalidad, adecuación de esa imprudencia cuando un trabajador que sea realizador de ese trabajo (113) la extrañeidad de la imprudencia extra-profesional no lo es sólo respecto a la profesión del trabajador, sino que también puede serlo en cuanto que sea "extraña al trabajo realizado" en el momento del accidente (114). Con ello se desprofesionaliza subjetivamente la noción; no se trata de la imprudencia del profesional, sino de la imprudencia en el marco de ese trabajo.

(109) Así, SAGARDOY, *La imprudencia profesional en los accidentes "in itinere"*, RISS, L. 962, p. 889.

(110) El viejo principio "imperitia culpa adnumeratur" viene siendo aplicado tanto en el plano penal como en el plano civil, sobre la base que actúa culposamente quien sin ser idóneo para ello realiza un acto que puede tener un resultado dañoso. Vid. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (reimp. 1964), p. 349 y ss.; DEUTSCH, op. cit., p. 138 y ss.; LEONHARD, *Fahrlässigkeit*, en "Festgabe Ennecerus" Marburg, 1913, p. 4 y ss.; MÜNZBERG, op. cit., p. 201 y ss.; CIAN, op. cit., página 207 y ss.

(111) Así, ALARCÓN, *Código del Trabajo*, cit., I, p. 291.

(112) S. 16-XI-1929.

(113) Cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones*, cit., p. 60; RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 525.

(114) Cfr. S. 6-XII-54.

15. Pero donde esa cuestión se ha planteado con su mayor agudeza es, a consecuencia de la doctrina del riesgo adicional, en los llamados accidentes *in itinere*. Como muy bien ha afirmado ALONSO OLEA, "Las imprudencias que puedan cometerse al ir o al venir del trabajo nunca pueden ser ni dejar de ser profesionales ni extraprofesionales" (115), por lo que "la medida de la imprudencia en los accidentes *in itinere* no puede en absoluto ser referida al trabajo o a la profesión... se ha de utilizar como norma de medida la usual en personas razonables y sensatas" (116). Y exactamente esto es lo que ha hecho la jurisprudencia, pero utilizando para ello el término y el concepto de imprudencia profesional y extraprofesional, acentuando así el carácter de gradación en la separación de una y otra, aunque justificando la no temeraria como profesional en base a la habitualidad y la confianza que ella inspira (117), por lo que algún autor habló al respecto más gráfica que exactamente de "imprudencia para profesional" (118).

En este marco de los accidentes *in itinere* es donde con mayor frecuencia se discute la existencia o no de imprudencia constitutiva de culpa exoneradora, y donde precisamente la jurisprudencia se ha visto forzada a establecer un criterio objetivo de la imprudencia relacionado con el "aumento innecesario e indebido" del riesgo que debía afrontar el trabajador" (119), y a juzgar según un standard objetivo: "explicable y disculpable conforme a equitativos criterios de exigibilidad", frente a la extraprofesional "improtegable", que supone temeridad (120). Se afirma que la imprudencia profesional "no puede llegar a extenderse a aquellas transgresiones (de las reglas del tráfico) que, por su gravedad, revelan temeridad manifiesta constitutiva de

(115) *La responsabilidad*, cit., p. 27, n. 26.

(116) *La responsabilidad*, cit., p. 34. Cfr. VALLEJO MUGURUZA, *Accidente "in itinere"*. Sevilla, 1959 (tesis doctoral); DEL PESO, *Accidente "in itinere"*, RISS, 1961, p. 105 y ss.

(117) "A diferencia de la imprudencia profesional, explicable y disculpable conforme a equitativos criterios de inexigibilidad hasta el punto de no perder la protección de la vigente legislación de accidentes de trabajo, tanto en los accidentes ordinarios como en los llamados "in itinere", por cuanto derivado del hábito de lo que viene realizándose y aún viéndose realizar usualmente y sin contratiempos a los demás, familiariza al sujeto con el peligro, infundiéndole una optimista sensación de confianza y seguridad que le lleva a subestimar el riesgo y a prescindir en consecuencia de las precauciones susceptibles de excluirlo o paliarlo la imprudencia extraprofesional improtegable supone temeridad, determinante de la ruptura de todo nexo causal jurídicamente relevante entre trabajo e infortunio". (S. 21-II-1965).

(118) SAGARDOY, *La imprudencia profesional en los accidentes "in itinere"*, cit., p. 891. Según esto lo decisivo sería el ejercicio habitual del medio de transporte. así, la S. 18-X-1962 habla de "acción impremeditada propia de la habitualidad en el medio de transporte". Sin embargo, en última instancia lo que se traza es un standard objetivo de "imprudencia tolerada", más allá del cual, incluso si la imprudencia es fruto del uso habitual del medio de locomoción, se considerará como extraprofesional y excluyente del accidente. Cfr. DEL PESO, *Pasado, presente y futuro del accidente "in itinere"*, RISS, 1968, p. 257.

(119) S. 1-III-1966.

(120) S. 21-II-1965.

culpa lata que ni siquiera la familiaridad con el peligro permitiría calificar de mera imprudencia profesional (121), lográndose así la equiparación de imprudencias extraprofesionales a las temerarias, en contraposición a las simples imprudencias profesionales justificadas por la habitualidad en la ejecución de los actos o por la normalidad o aceptación en el contexto socio-laboral de tal conducta (122).

A manera de conclusión puede afirmarse que la evolución jurisprudencial respecto a la noción de imprudencia extraprofesional no protegida había llegado a considerar a ésta como la que proviene de una actuación individual absolutamente involuntaria e independiente del trabajo" (123), y caracteriza por ser "de una gravedad excepcional que no esté justificada por ninguna causa legítima y que la víctima comparte una conciencia clara del peligro" (124), de manera que se agrave "de modo innecesario e indebido" el riesgo laboral normal.

## II

16. La Ley de Seguridad social postula un replanteamiento del tema (125), y ello tanto por el cambio de perspectiva de su aseguramiento como por la nueva definición legal del accidente.

(121) S. 21-X-1965. Por su parte la S. 23-V-1966 distingue la imprudencia extraprofesional como "conducta o actuación notoriamente imprudente, con ánimo deliberado y consciente del peligro a que se exponía innecesariamente en relación al servicio a que venía obligado" del "simple actuar imprudente, aunque con ello se infrinjan normas reglamentarias cuando por la habitualidad en la ejecución en los mismos actos, se haya generado en el ánimo del productor una natural confianza y despreocupación que presupone un cierto automatismo en el ejercicio de su actividad laboral o en la ejecución de las acciones necesarias para su diaria traslación". Cfr. S. 19-IV-1968.

Según DEL PESO. "no ha habido en esta materia, ni muy clara la doctrina, ni muy unánime el criterio seguido por la Jurisprudencia, motivo por el cual consideramos de interés reiterar aquí lo que ya dijimos en otro trabajo de que "la imprudencia extraprofesional, por el amplio concepto tutelar, que impera, exige para que sea admitida que la falta sea consciente excepcionalmente grave, sin justificación legítima, con clara conciencia de peligro y opuesta a órdenes recibidas o disposiciones aplicables, junto a que la víctima la ejecute de forma deliberada". Y respecto a la imprudencia temeraria que para que se estime, se exige a nuestro juicio, "previsión del daño y temeridad en el acto realizado". Sin que tampoco debemos dejar de hacer constancia de que es y ha sido bastante frecuente que los conceptos de imprudencia extraprofesional y temeraria se confundan y se apliquen sin establecer entre ambos la distinta condición que en su concepto las rige", DEL PESO. *Pasado, presente y futuro*, cit., p. 257.

(122) Pero incluso esa "disculpa" o exoneración de consecuencias no sólo adquiere ese doble y en parte disyuntivo matiz (piénsese en el caso de quien circula por primera vez y comete imprudencia no temeraria), sino que va a ser acompañada por otras circunstancias exoneradoras estimándose justificada la asunción voluntaria de ciertos riesgos por la finalidad altruista, en beneficio de la empresa. etc. Cfr., p. ej., S. 6-XII-1962, que habla de "acto arriesgado en pro del servicio y que de constituir imprudencia sería indudablemente profesional".

(123) S. 5-XI-1962.

(124) S. 8-X-1962.

(125) Vid. sobre el significado de la reforma, BAYÓN y otros, *Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad social*, Madrid, 1964,

Respecto a lo primero, porque el nuevo régimen deja de basarse, a nuestro juicio, en la imputación directa de la responsabilidad del accidente del empleador, estableciendo un sistema en que se imputan directa y únicamente la obligación de pago de prestaciones a la entidad de Seguridad social respectiva. Razones de economía expositiva impiden un examen detenido de la cuestión como su complejidad requeriría. Valgan aquí, aun con riesgo de dogmatismo, las siguientes afirmaciones:

1) Pese a los deseos expresamente formulados, no se ha logrado ni intentado el tratamiento conjunto de las contingencias, y el accidente de trabajo junto con las enfermedades profesionales, constituye una rama diferenciada y particular dentro del Régimen General de la Seguridad social, siguiendo principios y reglas diferentes no sólo por establecer prestaciones más favorables, sino también por la mecánica de cobertura de los mismos (126).

---

en especial los estudios de DE LA VILLA y VIDA SORIA, sobre las innovaciones y correcciones que significa. Vid. también R. P. S. núm. 61 de 1964, que contiene diecisiete estudios dedicados a la Ley de Bases, y BLANCO, *Planificación de la Seguridad social Española*, Barcelona, 1964, pp. 471 y ss.

(126) Cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones*, cit., pp. 34 y ss. Vid. también, prólogo a 3.<sup>a</sup> ed. El fenómeno es similar en otros países, vid., p. ej. *Securité sociale. Evolution o revolution*. París, 1968, pp. 191-192.

La reforma abiertamente expresa inspirarse en el "principio de la conjunta apreciación de las contingencias", que obedecía "al propósito de prestar más atención al infortunio que a las causas que lo hayan producido", en especial respecto a las situaciones de invalidez, muerte y supervivencia (exposición de motivos LBSS de 28-XII-1963). Cfr. ALONSO OLEA, *Sobre los principios cardinales del Proyecto de Ley de Bases de Seguridad social*, Barcelona, 1963; CABELLO DE ALBA, *La reforma de la Seguridad social*, Madrid, 1963. Sin embargo, el mandato legal contenido en la Base I, 1, ya es parcialmente derogado en las Bases posteriores (V, VII, VIII y IX) que exceptúan los accidentes de períodos de carencia, de la aplicación de bases de cotización, etc. Vid. MARRAVALL, *La LBSS y el seguro de accidentes de trabajo*, RPS, 61, pp. 253 y ss.

En el Texto articulado de 1966, y en sus posteriores normas de aplicación y desarrollo se ha acentuado notablemente la quiebra del principio, de modo que de la idea inicial se ha pasado a una separación evidente del régimen de la incapacidad laboral transitoria, invalidez y muerte debidos a accidente de trabajo de los debidos a accidente o enfermedad común. Así el D. de 16-XI-67 sobre asistencia sanitaria trata separadamente la correspondiente a enfermedad común o accidente laboral, de la debida por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Más marcadas son las diferencias de tratamiento contenidas en el D. sobre prestaciones económicas de 23-XII-66, no sólo en cuanto a requisitos para su obtención, sino por la muy importante prescripción de que se calculan según los salarios reales (arts. 2, 10, 11, 12, 49 y 50). Respecto a la especialidad de la gestión, se encuentran ya contenidas en el art. 47 de la Ley Articulada, reflejándose en la financiación la especialidad que recuerda el artículo 9 del D. 23-XII-1966 consiste en la exclusiva aportación por las empresas, fijación de cotizaciones sobre las bases reales y la peculiaridad de los tipos de cotización diferenciados establecidas por el S. 21-IX-67.

Vid. sobre la cuestión, MONTROYA MELGAR, *Los principios jurídicos del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, (en prensa), y en general, ALONSO OLEA, *Instituciones de Seguridad social*, cit., caps. II y ss.

2) Hasta la Ley de Seguridad social el aseguramiento del accidente de trabajo pretendía proteger (127) directamente al empleador y a su patrimonio contra el riesgo de la reparación de los accidentes de trabajo de los que la Ley le hacía directamente responsable. No alteraban esta afirmación ni la implantación del aseguramiento obligatorio, ni la acción directa frente a la entidad aseguradora, y la intervención directa de ésta en el juicio, ni su posible condena con la absolución del empleador, puesto que como el Tribunal Supremo reiteradamente afirmaba la entidad no actuaba "iure proprio", sino que se subrogaba en las obligaciones patronales cumplía en vez de éste "en sustitución de los patronos...", y por tanto subrogadas en la satisfacción y pago de las consiguientes obligaciones (128). El aseguramiento protegía el interés propio del empleador lesionado por el hecho acaecido al trabajador; el interés del empleado accidentado, como hoy el de la víctima del accidente de circulación, se toma en cuenta, pero técnicamente sólo de forma indirecta: protegiendo el interés del empleador a la no reducción de su patrimonio, se garantiza a su vez el

(127) Para algunos, esto podía afirmarse ya en la legislación de 1956, así LEIRA COBEÑA y MACÍAS AGUIRRE (*Seguro de Accidentes del Trabajo*, Madrid, 1959, pp. XI y ss.) indican como en la legislación republicana la regulación del seguro era secundaria y el art. 87 del Reglamento de 1933 trataba de mantener la vieja reglamentación de la responsabilidad patronal, mientras que en 1956 "se viene a establecer ya el Seguro con carácter general, suprimiendo —salvo supuestos especiales— la responsabilidad del patrono. Normalmente toda la responsabilidad incumbe al Seguro... Se aproxima así a la concepción del Seguro social, en la que el patrono agota sus obligaciones mediante el pago de la prima o cuota, que es lo que directamente tiene obligación de satisfacer" (p. XII). Cfr. también LEIRA COBEÑA, *RISS*, 1956, páginas 1093 y ss. En efecto, el art. 1 del Reglamento hablaba del trabajador como "asegurado", pero los arts. 19 y ss. hablan genéricamente de accidentado. Por ello doctrina y jurisprudencia afirmaban en general, haciéndose eco con ello del discurso del Ministro de Trabajo en las Cortes al presentar la Ley, que "no es más que la subrogación de una responsabilidad civil que el patrono tiene ante las consecuencias del accidente" (Boletín de las Cortes, 517, 1955, p. 10351, cit. por María PALANCA, *La nueva Ley de Accidentes de Trabajo*, Rev. Der. Trabajo, 1955, p. 123, n. 11). Según María PALANCA, más que de socialización del seguro se trataba de hacerlo más social (loc. ult. cit.). Tampoco para BAYÓN existía reforma sustancial al respecto (*La nueva legislación de accidentes del trabajo*, Rev. Der. Trab., 1956, p. 49, que reconoce sólo "un cierto abandono de la doctrina del riesgo profesional y, en cierto modo, una clara aproximación a la teoría de la necesidad). Más radical es la postura de ALONSO OLEA, que acepta sin reservas la imputación de responsabilidad al empleador de las resultas del accidente, (*La responsabilidad por accidente de trabajo*, cit., p. 46).

(128) Así la S. 28-XI-1931; en sentido similar las SS. de 13-VI-1932 y 2-I-1933. La expresión "sustituir las obligaciones... por el seguro hecho a su costa", se contenía en el art. 180 del Código de Trabajo. La S. de 1-VIII-1925 hablaba de que por el seguro "se impone que responda en primer término" la compañía, procediendo la absolución del patrono, pues la responsabilidad de la compañía no es sólo la subsidiaria, sino "una verdadera novación de tales obligaciones con otro deudor que en ellas se subroga". De sustitución y subrogación, y por ello de deuda exclusiva de la compañía y consecuente liberación del empleador responsable habla también la S. de 19-XI-1925.

En consecuencia, en caso de existencia de seguro no se condenaba al em-

resarcimiento efectivo de la víctima (129). En el sistema vigente la entidad de Seguridad social no se subroga en esa obligación ex lege del empleador, sino que asume directamente frente al trabajador asegurado un riesgo, que antes se imputaba directamente ex lege al empleador (130). Técnicamente, el riesgo tomado en cuenta no consiste en la responsabilidad civil, sino directamente en la reducción de la capacidad laboral del trabajador.

3) En consecuencia, el aseguramiento del accidente deja de tomar la forma de un seguro por cuenta e interés propio como es el seguro de responsabilidad y se torna en un seguro en interés ajeno (131).

pleador y subsidiariamente a la compañía, sino sólo a la compañía subrogada en las obligaciones del patrono (así ALARCÓN, *Código del Trabajo*, cit. II, p. 474). Criterio luego no firmemente mantenido, pues si se sigue admitiendo la deuda principal de la entidad aseguradora (p. ej., S. 6-III-L. 951) y de que el seguro es forma jurídica de subrogación (S. 15-XII-42), se sostiene, sin embargo, que por el seguro no queda exonerado de todas las obligaciones el patrono, y aunque hay una sustitución de obligaciones la forma de imponerles a ambos en su calidad respectiva, es la más acertada (S. 29-XII-1944). Cfr. MENÉNDEZ PIDAL, *Derecho social español*, Madrid, 1952, II, p. 310. El fundamento de esta postura se aclara en la S. 20-VI-56, que estima "lo más correcto debe ser extender a él la condena", para el caso en que la compañía no pagase. Similar criterio en la S. 12-XII-1958, ya antes de modo implícito en la de 29-X-1954, 8-V-1953 y 17-X-1952.

(129) RICHARD, *L'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*. Trattato Diritto lavoro de Borsi y Pergolesi, 3.<sup>a</sup> ed., IV, I, Padova, 1959, p. 362.

(130) Es ahora cuando técnicamente puede hablarse de una superación de la tesis de la compensación por una responsabilidad por riesgo de las consecuencias del accidente, para aplicarse una técnica más directa y perfecta de previsión social. Tal lo afirma la S. 6-VI-1966, "la reparación de los accidentes de trabajo, con indudable aspecto económico social y humanitario, ha hecho que el transcurso del tiempo fuesen superadas las doctrinas que tuvieron su fundamento en la responsabilidad culposa, dejando su lugar a las de la responsabilidad objetiva y riesgo profesional y más tarde a las de la seguridad social, de las que se desprende, lógicamente, que asegurado el riesgo y percibidas las correspondientes primas no debe quedar la entidad aseguradora liberada nada más que de aquella parte incremento de la renta que la legislación impone en concepto de sanción al empresario incumplidor de sus preceptos". Antes de la L. S. S., el T. S. insistía en la idea de "transferencia del riesgo, en virtud del contrato de seguro" (S. 30-XI-63), y que "la prima pagada es la contraprestación de la responsabilidad asumida" (S. 13-VI-56). Un caso aislado es la S. 3-VII-1956 que intentó construir un derecho personal, directo y único de la víctima en base a una estipulación en favor de tercero.

(131) Como lo es el seguro de accidentes en sentido técnico en que posiblemente haya de integrarse el nuevo aseguramiento, que ha dejado de ser un auténtico seguro de responsabilidad. Cfr., sobre la diferencia entre ambos, EHRENZWEIG, *Versicherungsvertragsrecht*. Wien y Leipzig, 1935, II, pp. 690 y ss. Quien aclara que no se trata aquí de un seguro por cuenta ajena propiamente dicho (sobre un concepto vid. ibi. p. 395) al no ser un seguro de daños "und deshalb auch keine Versicherung für das Interesse eines Dritten... sondern nur eine Versicherung in Interesse des Dritten, zu seinen Vorteil" (ibi. p. 872). Cfr. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, v. II, Milano, 1954, pp. 94 y ss. Sobre el concepto y regulación del seguro por cuenta ajena en nuestro C. de c. vid. GARRIGUES, *Estudios sobre el contrato de seguro*, R. D. M., 1968, pp. 480 y ss.

La cobertura del accidente reposa no sólo económica, sino jurídicamente en una relación de seguro que no utiliza la técnica indirecta del seguro de responsabilidad, sino que considera, en su caso, directamente al trabajador como asegurado titular del derecho a las prestaciones, y frente solamente a la entidad aseguradora, única responsable directa del cumplimiento de sus prestaciones cuando ese riesgo ha sido debidamente asegurado (132), sin que salvo incumplimiento de medidas de seguridad tenga derecho alguno frente al empleador en tales casos (133).

17. El paso de un sistema de responsabilidad a un sistema de seguros de accidentes propiamente dicho, tiene con toda evidencia una repercusión fundamental en el tratamiento de la conducta culposa del trabajador, que debe ser medida ahora no como colisión entre la

---

(132) El concepto de asegurado, como es sabido, es genérico y utilizado con sentidos muy diferentes por los Códigos de comercio. DONATI distingue unas figuras subjetivas constitutivas de la relación o contratantes, de unas figuras subjetivas relativas al interés, y de unas figuras subjetivas destinatarias de las prestaciones, que puede ser el titular del interés asegurado, esto es el asegurado en sentido propio, o unos terceros beneficiarios (loc. cit., pp. 61 y ss.). Asegurado es, pues, como afirma GARRIGUES, "aquel cuyos bienes o cuya persona están expuestos a un riesgo" (*Estudios*, cit., p. 479). Concepto que puede aplicarse, desde luego al trabajador respecto al accidente de trabajo, quien es además normalmente el beneficiario, salvo al supuesto extremo de la pérdida de la vida, en cuyo caso los beneficiarios son los familiares que legalmente se establecen. (Sobre la naturaleza del derecho de los beneficiarios, vid. ALMANSA, *La protección por muerte en la Seguridad social española*, RISS, 1969, esp. página 85 de la sep.).

(133) En contra, abiertamente, ALONSO OLEA, quien sostiene que "el riesgo asegurado es el de que el empresario, por la ocurrencia d un siniestro, esto es, de un accidente de trabajo, tenga que hacer frente a las results o responsabilidades que la ley pone a su cargo" (*Instituciones*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 106). Sin embargo, en su Comunicación al VI Congreso de la S. Int. de D. del Trabajo y la Seg. Social (en colaboración con MONTÓYA) admite que "cuando el empresario responde *personalmente* del pago de las prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, no lo hace en tanto culpable —por dolo o negligencia— del siniestro, sino en cuanto ha omitido sus deberes legales de afiliación, alta o cotización" (p. 9 del original). Lo que se corresponde con el art. 49, L. S. S.

Una cosa es que el fundamento último del sistema de protección privilegiada de los accidentes de trabajo siga reposando en una remota imputación al empleador del riesgo profesional (como reconoce RICHARD, loc. cit., p. 362) y otra que la técnica que se utilice para la protección de los accidentes sea la indirecta de imputación personal de una responsabilidad, de una obligación de aseguramiento de esa responsabilidad, y de una mera acción directa del perjudicado frente a la aseguradora del responsable. Abiertamente esta técnica se ha superado en nuestro sistema (como ha ocurrido en algún país incluso respecto a los accidentes de circulación en que se han establecido seguros a favor de tercero) sustituyéndola por la técnica más directa económica, y más concorde además con la Seguridad social del seguro de accidentes (cfr. RIEGEL y MILLER, *Seguros generales*, pp. 495 y ss.; DURANTE, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1960, pp. 409 y ss.; FARNER, *L'assurance private contre les accidents et la responsabilité civile*, Lausana, 1943; DONATI, *Trattato*, cit. III, pp. 524 y ss.; PASANISI, *L'assicurazione infortuni nella disciplina legislativa*

culpa y la responsabilidad objetiva patronal, sino desde el plano diferente de la culpa del asegurado.

En el campo del seguro se partió inicialmente de la idea tradicional de considerar extraño al aseguramiento el siniestro provocado por la propia conducta culposa del asegurado, no admitiéndose que pudieran transmitirse a otros las consecuencias de las propias culpas (134).

Se estimaba en tales casos que se producía una liberación del asegurado de su deber de indemnizar. Muy pronto se consideró aplicable

---

*del contrato di assicurazione*, Assicurazioni, 1962, pp. 361 y ss.; VOLPE PUTZOLE, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1969, pp. 159 y ss.).

La dificultad del encuadramiento conceptual del aseguramiento del accidente de trabajo reside en que cumpliendo la obligación de asegurar al trabajador, el empleador satisface también un interés propio, no sólo evitando las consecuencias dañosas derivables de ese incumplimiento, sino incluso cubriéndose de una posible responsabilidad civil por daños, aunque en nuestro régimen vigente es poco claro que se libere de la responsabilidad de los daños causados por su propia culpa (cfr. arts. 84, 4 y 97, 3 LSS); antes bien, en la jurisprudencia civil parece consolidarse la tesis de la compatibilidad, así SS. 28-XI-60, 3-XI-61, 20-V-64 y 23-I-70, todas ellas en base a la legislación anterior a la LSS. De forma implícita se admite esta tesis en la S. de la Sala Sexta de 2-II-70. Vid. CATALDI, *Gli infortuni sul lavoro*. Roma, 1953, II, p. 154 y ss.; ALIBRANDI, *Infortuni e malattie professionali*, Milano, 1966, pp. 711 y ss.; DURANTE, *La qualificazione e classificazione dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Assicurazione, 1968, p. 57. El origen remoto de la responsabilidad patronal se observa en lo que respecta al pago exclusivo de las cuotas (aunque no se desnaturalizaría el sistema actual si el trabajador se lo impusiera la participación en las mismas), pero posiblemente su responsabilidad por la falta o insuficiencia del seguro no sea ya la pura responsabilidad civil, sino una responsabilidad ex lege agravada en base al incumplimiento de unas obligaciones legales de afiliación, alta y cotización (arts. 94, 2 y 95 L. S. S.).

Los datos normativos no permiten llegar, sin embargo a la solución más progresiva, que siguiendo las directrices de ROSIN, ha propugnado recientemente PERSIANI, y entre nosotros en especial, BORRAJO Y VIDA. Para el campo concreto de los accidentes de trabajo sobreabundan las razones para afirmar la subsistencia de una relación de aseguramiento en sentido técnico. La misma existencia de las mutuas patronales funcionado según el sistema de seguros mutuos, es, p. ej., un dato muy significativo. El principio de automaticidad de las prestaciones, que para algunos es el dato decisivo al respecto, no puede servir aquí de argumento satisfactorio, pues en todo caso las prestaciones corresponderán a cargo del propio empleador, o, en su defecto, del Fondo de Garantía "entidad garante" del pago de las prestaciones por el empresario, que ni es una novedad, ni es exclusiva además del régimen de la Seguridad social (Cfr., para el seguro automovilístico URÍA, loc. cit.; SOTO, loc. cit., p. 245 y ss.) Vid. SS. 5-X-1966, 2-IV-66 y 30-V-1966. Que se trata de un aseguramiento, expresamente lo reconoce el art. 208 LSS. que permite el "auto-aseguramiento" por el empleador de la incapacidad laboral transitoria derivada del accidente, y de la asistencia sanitaria correspondiente, cfr. DIÉGUEZ, *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad social*, Pamplona, 1968, p. 92 y ss.

(134) Cfr. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, Enciclopedia del diritto, t. IV, p. 452 y ss. que parte de los conceptos romanos de la autorresponsabilidad y de actuación a propio riesgo.

el principio con todo rigor para los actos dolosos (135); mientras que ha sido sometida a profunda revisión respecto a los otros culposos, en especial respecto a ramos de seguros distintos al de daños, como el de responsabilidad y el de accidentes, en que llega a afirmarse que debería estimarse comprendida dentro de la normal cobertura asegurada incluso la culpa grave (136). En el supuesto concreto que examinamos se estima que la involuntariedad como componente del concepto de accidentes incluye la culpa grave del asegurado (137).

En consecuencia, el cambio de posición de la víctima en la relación de aseguramiento debería postular una solución distinta que permitiera incluso ir dentro del accidente a los debidos a actos no intencionales del trabajador que tenga conexión con el trabajo.

18. Pero por otro lado el tratamiento específico de la conducta culposa del trabajador en la producción del accidente ha sufrido también una profunda revisión, llegándose posiblemente a conclusiones no tenidas directamente en cuenta por los redactores de la Ley.

En primer lugar sucede que la leve admisión de la consideración conjunta en las contingencias, ha dado lugar en ciertos aspectos a un necesario tratamiento armónico de la cuestión. Como muy detenidamente ha examinado BORRAJO, la legislación anterior, salvo el caso de la enfermedad, la voluntariedad, de la producción de la contingencia excluida en protección por la Seguridad social voluntariedad entendida en su sentido más estricto de intencionalidad (138). La nueva regulación en esta materia puede decirse que ha dado un paso atrás posiblemente por un lado por una interpretación extensiva de los artículos 60 y 193 de la Ley, y, por otro lado, por la regulación unitaria de las prestaciones debidas o no a accidentes de trabajo aplicándose idéntico criterio. Así, el artículo 130 de la LSS, se aplica no sólo cuando la incapacidad laboral transitoria se prolonga a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario, sino incluso cuando sean debidos a ella, previéndose que en tal caso se pueda denegar, anular, suspender las prestaciones (139); lo que se

---

(135) "La provocación intencional del siniestro libera al asegurador en todos los países". SCHMIDT, *La influenza del comportamiento dell'assicurato sulla garanzia prevista in contratto*. Assicurazione, 1966, p. 501. Cfr. EHRENZWEIG, loc. cit., p. 862.

(136) LA TORRE, *I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato*, Assicurazioni, 1966, p. 646. El problema doctrinal actual no es la admisibilidad o no de este aseguramiento de actos culposos, sino si la falta grave, a falta de pacto, se considera incluida o no. Cfr. art. 424, 3.º C. de c.

(137) SCHMIDT, loc. cit., p. 501. En contra DURANTE, loc. cit., p. 702.

(138) BORRAJO, *La integración de las situaciones de invalidez*, cit., p. 168. Vid. también supra nota 23.

(139) El art. 60 de la Ley prevé sanciones para los actos u omisiones "que supongan incumplimiento" de las obligaciones impuestas por el sistema de seguridad social (en lo que no podría incluirse en sentido propio una obligación administrativa de evitar accidentes) "y las que tiendan a defraudarlos", lo que para el Régimen General reitera el art. 193 que alude a actos "a ellos

ha extendido a la invalidez provisional y permanente (140). El criterio no se ha aplicado rectamente a las prestaciones por muerte, pero en los demás casos la imprudencia temeraria va a dar lugar no sólo a la pérdida del régimen privilegiado de accidente de trabajo, sino a la posibilidad de que la Seguridad social deniegue protección alguna cuando la incapacidad laboral transitoria, o la invalidez provisional o permanente tengan su origen en tal imprudencia (141).

En segundo lugar, se ha producido una profunda modificación en la definición del accidente de trabajo respecto al tema que abordamos. Si bien el legislador ha seguido en la definición de accidente una postura tradicional y conservadora, manteniendo en sustancia la definición primitiva, y adicionándola en una serie de preceptos aclaradores que recogen en líneas generales los criterios elaborados por la jurisprudencia, en materia de culpa del trabajador establece una regulación en buena parte novedosa.

El artículo 84, dedicado al concepto de accidente, tras reiterar la definición tradicional de accidente de trabajo, articula a continuación una relación de exclusiones y expresamente, en párrafo separado al de la fuerza mayor, niega la consideración de accidente de trabajo a "los que sean debidos a dolo o a una imprudencia temeraria del trabajador accidentado". Y dentro de las inclusiones se establece expresamente que la imprudencia profesional, definida en el sentido tradicional, "no impide la calificación de accidente de trabajo".

La doctrina no se ha detenido especialmente a analizar el alcance

---

imputables que constituyan infracción", previéndose legalmente como posibles sanciones la "suspensión, pérdida, o reducción de las prestaciones". Como puede verse no se trata de la fijación de un requisito previo a la obtención de un derecho, sino de una facultad sancionadora, auténtica potestad disciplinaria, prevista no ya para actos intencionales o no, sino sobre todo para actos típicamente defraudatorios, de simulación o de provocación de accidentes. El art. 130 da una base legal más firme, al permitir la denegación, anulación o suspensión del derecho al subsidio en caso de incapacidad laboral transitoria. "B) cuando la incapacidad sea debida o se prolongue a consecuencia de imprudencia temeraria del propio beneficiario" o se rechace o abandone el tratamiento. Una vez más se han equiparado dos cosas bien distintas, la valoración de la conducta de la víctima en la producción del accidente, y la posterior a la de verificarse del hecho dañoso, cuestión esta relativa a la extensión de la responsabilidad o de las consecuencias. Cfr. CARRONE, *Il fatto dannoso*, cit., p. 333 y ss.

La disposición del art. 130 ha sido recogida en el art. 11 b) de la O. 13-X-1967 reguladora de la prestación por incapacidad laboral transitoria. Una aplicación estricta de la regla puede dar lugar a conflictos de difícil solución: piénsese por ejemplo, en accidente ocurrido en actividad deportiva; pulmonía a causa de falta de elemental previsión en abrigarse; o toda la problemática de la maternidad.

(140) Arts. 8,1.b) y 23,1.g) O. 15-IV-1969. Para el supuesto de muerte, ALMANSA (op. cit., p. 71) señala sólo como causa de extinción del derecho la culpabilidad del beneficiario.

(141) Vid. sobre la cuestión, ampliamente, ALONSO OLEA y MONTOYA, *Comunicación*, cit., p. 17 y ss. (del original).

de estas declaraciones legales e implícitamente parece admitir que la situación permanente inalterada en el nuevo régimen (142).

Sin embargo, un examen detenido del contexto del artículo 84 permite e impone una solución diversa, siendo éste uno de los pocos puntos en que la nueva definición de accidente de trabajo puede calificarse de innovadora.

El sentido de las exclusiones de la consideración de accidentes debe ponerse en la conexión con la definición general de las que constituyan excepción: una lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión del trabajo será accidente de trabajo, salvo que el accidente se haya producido por una fuerza mayor extraña al trabajo distinta a las fuerzas de la naturaleza, o a dolo o a imprudencia temeraria del accidentado; las inclusiones, al contrario, vienen a reafirmar y aclarar esa definición básica e incluso en su caso las excepciones. Cabría decir gráficamente que, dándose las condiciones del párrafo 1 del artículo 84, lo que no está expresamente excluido por el párrafo 2 se entiende incluido. Al contrario, el sentido clarificador de las inclusiones expresas resuelve dudas de si en determinados supuestos se dan o no las condiciones del artículo 84; pero no pueden ser entendidas, dándose las notas del accidente de trabajo del párrafo primero, como que lo no incluido esté de por sí excluido (143).

En consecuencia, cuando la Ley dice que la imprudencia profesional no impide la calificación de accidentes de trabajo, sólo quiere dejar esto claramente sentado, pero no afirmar elípticamente que la imprudencia no profesional es excluyente, pues el sentido y límites de la exclusión por imprudencia ya está claramente establecido en el párrafo anterior.

La conexión entre los apartados 2, b) y 3 del artículo 84, admiten dos diversas interpretaciones: o ambos se completan diciéndose dos veces lo mismo, con lo cual uno de ambos sobraría, posiblemente

---

(142) Así, ALONSO OLEA, *La responsabilidad por accidente de trabajo*, RISS, 1967, p. 22. En la *Comunicación*, cit. con ΜΟΝΤΟΥΑ, afirman que "ha de entenderse que la imprudencia extraprofesional —esto es, la negligencia o culpa del trabajador que no deriva de la habitualidad del trabajo (S. T. S. 2-II-1967)— rompe asimismo la conexión básica e indispensable para que pueda apreciarse la existencia de accidente de trabajo" (p. 13).

(143) En materia de inclusiones, los diversos párrafos del número cinco del art. 84 contienen requisitos adicionales para la inclusión ("siempre que"). La disposición del art. 84,2 escuetamente indica "no tendrán la consideración de accidentes de trabajo". Se trata por tanto de un estricto problema de calificación jurídica: decide la ley que no tengan el carácter de accidente los ocurridos en el trabajo, pero debidos a fuerza mayor extraña o a dolo o imprudencia temeraria del accidentado. Existentes una de estas dos causas se excluye la calificación de accidente aún dándose los requisitos del art. 84,1). No es, pues, que no exista nexo causal, ni que éste auténticamente "se rompa", sino que por la existencia de tales circunstancias "verliert der Verletzte den Versicherungsschutz, weil die Rechtsordnung bei Vorliegen bestimmter Umstände der ursächlichen Zusammenhang nicht anerkennt; sie will das Risiko der Unfallversicherung durch Einbeziehung betriebsfremder Sachlagen nicht vergrößern" (WANNAGAT, *Lehrbuch des Sozialversicherung*, cit., I, p. 334).

el segundo; o, al contrario, el segundo contiene una regulación complementaria, diversa, que modifica la declaración del anterior. En buena hermenéutica esta última es la única solución lógica y admisible, aún más si el apartado 3 se pone en conexión con otros supuestos, tales como en el apartado 5, *d*). En este sentido el principio básico debe considerarse contenido en el apartado 2, *b*): la imprudencia temeraria se equipara al dolo e impide la calificación de accidente. A su vez, el apartado 3 debe estimarse como una excepción a esa regla general de exclusión: es obvio que las imprudencias no temerarias son inoperantes sean o no “profesionales”, que la conducta culposa del trabajador debe ser de un grado especial de gravedad para impedir la calificación de accidente de trabajo; luego la regla de que no impide tal calificación la imprudencia profesional sólo puede tener sentido y significado respecto a imprudencias de ese grado de gravedad. El carácter profesional de la imprudencia se torna así en causa de excusabilidad o justificación de una conducta gravemente culposa, que en otro caso, por temeraria, sería inexcusable. Al cabo de seis décadas la regla propuesta de la excusabilidad por imprudencia profesional consigue imponerse en su originario sentido.

En suma, dos factores son los que van a jugar en el examen de la conducta culposa del trabajador productora del accidente: por un lado, el criterio de la gradación: tiene sólo relevancia la culpa especialmente grave calificable de temeraria; por otro lado, el criterio de la justificabilidad o excusabilidad: sólo es irrelevante la “falta decididamente imperdonable” (144), al contrario es justificable la culpa temeraria si es consecuencia “del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira”. Cara a nuestra legalidad, ya no es posible contraponer pues imprudencia temeraria como no profesional, e imprudencia profesional como no temeraria. Rectamente la contraposición será entre unas imprudencias temerarias relevantes y otras no relevantes por su carácter profesional; las imprudencias no temerarias, de la naturaleza que sean, se incluyen inequívocamente en el concepto de accidente de trabajo.

19. El nuevo tratamiento de la culpa del trabajador requiere, a su vez, un necesario replanteamiento de las nociones de imprudencia temeraria y de imprudencia profesional, al no ser aceptable a partir de ahora la dicotomía y contraposición que doctrina y jurisprudencia habían trazado entre las dos como contrapuestas y excluyentes (145).

Por de pronto, lo decisivo en la Ley de Seguridad social es la gravedad de culpa: exonera sólo una culpa especialmente calificada.

---

(144) Tal la expresión de J. R. SAVATIER, *Droit des affaires*, 2.<sup>a</sup> ed. París, 1967.

(145) En efecto, no hay ninguna disposición expresa que admita sólo como relevante una “imprudencia profesional simple”, y que deje sin protección lo que la doctrina brasileña llama “imprudencia profesional exorbitante” que supere o traspase los límites de la primera. Cfr. MENDONÇA, *Estudios de Direito do Trabalho*, Recife, 1962, p. 144.

La atención del estudioso debe centrarse sobre todo en la delimitación de esa gravedad de culpa que la Ley denomina "imprudencia temeraria". Con ello se cumple una vez más la llamada "resurrección" de la gradación de la culpa en el campo laboral (146).

Pero toda gradación de culpas por su necesaria relatividad está llena de dificultades; fue precisamente esta dificultad la que, tanto en el campo penal como civil, dio lugar a la consideración unitaria de la culpa. Incluso entre sus defensores no faltan quienes admiten que la decisión de la gradación sólo es posible realizarla caso por caso sin ser posible su delimitación de modo general (147).

Sin embargo, pese a estas críticas y a estas dificultades, no puede propugnarse la solución simplista de hacer desaparecer la gradación de culpas, ya que la misma tiene razón de ser, y responde a la naturaleza de la cosa el tener en cuenta al grado como criterio de imputación y de extensión de consecuencias.

La normal ambigüedad de las expresiones que se utilizan para describir una culpa especialmente cualificada encubre desde luego una dificultad de construcción dogmática; agravada en el presente supuesto en que no sólo debe buscarse el criterio de medición de esa gradación, sino también en que no nos encontramos con el supuesto típico al que se vincula todo examen de la culpa, la responsabilidad contractual o extracontractual en sentido técnico (148).

Al mismo tiempo, la utilización del término "imprudencia temeraria" importado del Derecho penal, es también fuente autónoma de problemas sobre la posibilidad de importación a su vez a los esquemas conceptuales que doctrina y jurisprudencia penal han elaborado al respecto.

Entre nosotros se viene entendiendo en el campo penal, por imprudencia temeraria, según la definición clásica de SILVELA, la que comete quien omite "aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso atento o diligente" y a ella se equipara la "ignorancia o negligencia inexcusable" (149). La jurisprudencia insiste al respecto en tres puntos fundamentales: el módulo "persona de mediana inteligencia", "conductor medianamente cuidadoso", "media de un hombre normal", aunque no faltan referencias, de acuerdo al criterio doctrinal, a la "persona mínimamente pruden-

(146) Cfr. MAYER MALY, *La gradación de la culpa (su resurrección en el Derecho del Trabajo)*. Estudios Derecho del Trabajo y de la S. s., 2.<sup>a</sup> serie, Santa Fe, 1964, p. 61 y ss.

(147) Vid. MAYER MALY, loc. cit., p. 65; DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1951, p. 83 y ss.; MAIORCA, *Colpa civile. Enciclopedia del diritto*, t. VII, p. 534 y ss.; RODOTA, *Diligentia (diritto civile)*. *Enciclopedia del diritto*, t. XII, p. 596 y ss.; ALTAVILLA, *La colpa*, p. 303 y ss. Entre nosotros la cuestión ha preocupado sobre todo a la doctrina penal, y ha encontrado en QUINTANO su mayor impugnador. Vid. sobre la cuestión con amplia referencia bibliográfica, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, Buenos Aires, 1956, p. 978 y ss.

(148) Así también, LA TORRE, loc. cit., p. 652.

(149) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. General*, Madrid, 1970, p. 399.

te”, a “inteligencia menos cultivada”, a “persona menos cuidadosa y previsora”; en segundo lugar, a la previsibilidad, “fácilmente previsible”, “elementalmente previsible”, “elemental previsibilidad”, “por ser muy previsible”, etc. En tercer lugar, la falta de prudencia o de atención: “la mínima atención”, “la más elemental prudencia”, “mínimamente prudente”, “las más elementales”, “de precaución y cuidado”, “la más elemental prudencia” (150). En suma, se formula una norma de conducta que impone una elemental prudencia y previsión en la acción u omisión humana, y para fijar ese criterio se utiliza como modelo un arquetipo de persona no muy diligente; la persona que viola esa norma de conducta incurre en imprudencia temeraria, si ocasiona una lesión previsible, evitable e ilícita, de un bien jurídico protegido (151). Existe general acuerdo en que la infracción de reglamentos no es decisiva en orden a la calificación, y es menos unánime la afirmación de que prejuzga la calificación la conciencia o no del sujeto en cuestión de la previsibilidad del daño (152).

Dada la independencia y diferenciación entre la culpa penal y la civil no puede ser importada sin más esta construcción dogmática y jurisprudencial penal al campo bien distinto del accidente de trabajo. Sería precipitado y daría lugar a soluciones incorrectas el aplicar a la Seguridad social la noción penal de imprudencia temeraria, que debe ser reelaborada y trazada de modo específico. Sin embargo, no se debe dejar de reconocer la utilidad que esa originaria configuración penal tiene para delimitar un grado de gravedad especial; tal y como ha venido haciendo la jurisprudencia laboral, esa mínima diligencia y esa máxima imprevisión pueden ser el punto de partida para una adecuada reelaboración y delimitación del concepto en su aplicación a la calificación del accidente de trabajo.

20. Para determinar la existencia de una imprudencia temeraria por parte del trabajador víctima del accidente de trabajo, el primer requisito que debe examinarse (pues de otro modo es indiferente para la calificación) es que tal imprudencia *sea la única causa del accidente*. Parafraseando la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor diríamos que es necesario que se pruebe (153), que el hecho

---

(150) Vid. Las referencias jurisprudenciales en RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, t. III, p. 4972 y ss. y la muy selecta cita de RODRÍGUEZ DEVESA, loc. cit., p. 394 y ss.

(151) Vid. sobre las dificultades de la delimitación de la imprudencia temeraria y las diversas posturas de la doctrina y jurisprudencia españolas, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., t. V, p. 988 y ss.

(152) Vid. por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, loc. cit., p. 394.

(153) Es obvio afirmar hoy que esta prueba incumbe a quien, para negar la prestación, alegue la existencia de la imprudencia temeraria, pues ésta no se presume en ningún caso, ni siquiera en el accidente “in itinere”, pese a la referencia a “tiempo y en lugar del trabajo” de la presunción legal (art. 84,6). Lo que establece ese artículo es una presunción de causalidad: no hay que demostrar la ocasionalidad en el trabajo si se produce el accidente en el fiem-

fuere debido únicamente a la imprudencia temeraria del trabajador accidentado (154).

Aunque esto resulte evidente, se reitera por la íntima conexión de la causalidad con la gradación de la falta, aún siendo nociones bien diferentes. La primera, al tener que juzgarse, según la Adäquanztheorie, también cara al resultado, contiene implícitamente un cierto examen de la gradación. En todo caso debe quedar claramente sentado que no basta la existencia de una imprudencia temeraria de la víctima contemporánea al accidente, sino que es necesario que esa imprudencia haya determinado, haya sido la causa de ese accidente. Y este examen de la génesis del accidente y de la participación de él de esa imprudencia debe ontológicamente ser anterior el problema de la gradación de la misma. Por ello sería totalmente infundada la solución simplista de condicionar la solución a la gravedad de la culpa, y estimar una consecuencia ineluctable de una culpa especialmente grave la eficiencia causal de la misma, lo que sería, en la conocida fórmula de PLANIOL, "transformar una simple relación de simultaneidad en una relación de causalidad" (155). Sólo si esa culpa o conducta culposa no sólo está en relación con la génesis del accidente, sino que éste sea imputable exclusivamente aquélla como causa generadora única del mismo, es cuando puede plantearse, seguidamente, la cuestión de la gradación de esa culpa (156).

En nuestra jurisprudencia se observa, sin embargo, una cierta confusión entre ambos planos produciéndose un efecto reflejo de la causalidad sobre la imputabilidad; gradúa con frecuencia la falta de la víctima en especial en los accidentes in itinere, según la importancia que haya tenido en la génesis del accidente. Sin embargo, la solución más correcta será deslindar ambas cuestiones, pese a la íntima conexión entre ambas que necesariamente se entrecruzan y se influyen mutuamente (157). Pero al ser sólo relevante una culpa especialmente grave en el accidente de trabajo la clarificación se facilita al no tener el Tribunal que enfrentarse con el problema típico

---

po y lugar del trabajo, ello no supone que en otro caso se presuma la no existencia del accidente, habrá que demostrar la víctima a los beneficiarios que éste se ha producido al ir o al volver del trabajo o al desempeñar cargos sindicales, y la causa de exclusión habrá de ser alegada y probada por la entidad aseguradora, o en su caso el empleador. Sobre la prueba de la culpa, vid. LA TORRE, cit., p. 669 y ss.

(154) Vid. SOTO NIETO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico*, cit., p. 113.

(155) Cit. por MOREAU, *L'influence*, cit., p. 226.

(156) Debe tenerse en cuenta que en materia de accidentes de trabajo la coexistencia de varias causas unas ajenas al trabajo y otras propias del trabajo, siendo estas últimas esenciales para la producción del resultado dañoso, hace considerar legalmente como relevantes a éstas (cfr. WANNAGAT, loc. cit., p. 330).

(157) Como recuerda MOREAU la misma infracción puede tener diversas repercusiones según se prueba sea el origen más o menos directo del accidente, op. cit., p. 227. Sobre la íntima influencia de la acusación y la gradación, y la doctrina sentada al efecto por el Consejo de Estado francés, vid. *ibid.*, p. 213.

de una culpa insignificante con consecuencias muy graves; la eficiencia causal de la conducta culposa sólo será relevante cuando sea constitutiva de imprudencia temeraria.

21. La individualización de la noción de imprudencia temeraria en la Seguridad social y, en particular, respecto a la calificación del accidente de trabajo tiene que trazarse entre nosotros delimitando sobre todo la relación entre la culpa temeraria y culpa no temeraria, ya que la distinción entre culpa temeraria y dolo, al equipararse el tratamiento de éstas, tiene escasa relevancia práctica. Sin embargo, dogmáticamente esta separación es más fácil que aquélla, pues nuestro ordenamiento al igual que el sistema francés equipara dolo a intencionalidad, y en todo caso sería indiferente la calificación del llamado dolo eventual, que en sentido propio se integraría dentro de la culpa especialmente grave (158).

En la delimitación de la culpa constitutiva de imprudencia temeraria de las otras culpas, dos criterios pueden aducirse para indicar la muy especial gravedad que parece exigirse para admitir tal culpa: por un lado, la plena equiparación al dolo, a la provocación intencional de la lesión; para poder equipararse a la intencional tiene que radicar en una culpa extraordinariamente grave, pues se trata de una "culpa dolo próxima". Por otro lado, la expresión, no muy correcta, pero tradicional, de imprudencia temeraria que emplea la Ley, expresamente indica un grado de muy especial gravedad en la culpa en que el trabajador ha incurrido al realizar una acción u omisión que ha provocado el accidente.

Esta especial y extraordinaria gravedad de la culpa plantea por de pronto una cuestión previa: si esa culpa "temeraria" equivale a culpa grave o, si por el contrario dentro de esa gravedad constituye un grado especialmente notable, de modo que pueda haber culpas graves que no lo alcancen y, por ello sean culpas graves pero no temerarias.

---

(158) Ello, especialmente, en los sistemas jurídico-privados inspirados por el Código francés, en el que la equivalencia del dolo con la "mala intención", siguiendo la tradición romana, es indiscutida. Cfr. CONSTANTINESCO, *Inexécution*, cit., p. 296 y bibliog. allí citada. En el derecho alemán la "Vorsatz" del BGB va más allá de la intencionalidad. Vid. CONSTANTINESCO, loc. cit., p. 297 y ss. integrándose según un sector importante de la doctrina el dolo eventual. Vid. ENGISCH, *Untersuchungen*, cit., p. 187; DEUTSCH, loc. cit., p. 148 y ss. En derecho italiano también la doctrina se esfuerza en "superar la noción arcaica del "dolus malus", según la cual la lesión del interés ajeno debe representar el fin perseguido por el sujeto. Esto es, se tiende a negar la necesidad del "animus nocendi" y admitir, en consecuencia que en general para el ilícito civil basta el dolo genérico, cuyo único presupuesto consiste en la conciencia de que la propia acción dañará el bien jurídico ajeno, y para lo cual no tiene importancia alguna el que tal lesión no sea deseada por el sujeto agente" (CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 178, el cual afirma, sin embargo, que es discutible que se comprendan en la noción de dolo los supuestos de dolo eventual (p. 180). Sobre la situación en nuestro ordenamiento nos remitimos a COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955.

La cuestión es paralela a la planteada en el sistema francés respecto a la "falta inexcusable", que nuestra doctrina penal equipara a la imprudencia temeraria (159). La respuesta que parece allí más lógica, sobre todo después del cambio terminológico representado por la Ley de 2 de marzo de 1957, que en materia de transporte no habla de "faute lourde" sino de "faute inexcusable", es que no coincide propiamente con los límites de la falta grave y que o es una especie diversa de ella más próxima al dolo, o que no es una especie distinta, sino una falta grave aceptada, sin embargo, con un mayor rigor y severidad. En uno y otro caso se hace necesario, según vimos anteriormente, trazar los límites específicos de esa culpa extraordinariamente grave, frente a las culpas no graves y las demás culpas graves (160).

A la misma conclusión cree debe llegarse entre nosotros: la imprudencia temeraria no es una culpa grave sin más; se requiere para su admisión un *grado muy notable de gravedad* que explique su equiparación al dolo (161).

Si se admite generalmente que la culpa equivale a una falta de diligencia, la gradación de la culpa se corresponderá de modo inverso a la observancia de la diligencia, de modo que la culpa de grado temerario requerirá a su vez una falta temeraria de diligencia. El arquetipo utilizado como módulo de valoración de la mínima diligencia exigible para no incurrir en temeridad no puede ser en este caso el "buen padre de familia" en el cuidado diligente de su patrimonio. Antes bien se afirma que la "culpa grave no puede ser sino la que corresponda a la violación de la exigencia mínima que suele observar no un hombre de mediana prudencia y perspicacia, sino cualquier persona" (162).

Responde, pues, a la idea de mínima diligencia aceptable, de forma que incurre en culpa grave quien no prevé lo que todos prevén, es "negligente de manera imperdonable, más de lo que consiente la naturaleza humana" (163).

Esa "negligencia rayana en el absurdo" como algunos describen la temeridad (164), traspasaría los límites del riesgo consentido: se permite al trabajador que se coloque en una situación de peligro hasta un límite extremo más allá del cual se estima excesiva esa actuación peligrosa y se considera que el trabajador obra "auf eigene Gefahr" y es "autorresponsable" de su acción, soportando él mismo las conse-

(159) Vid. RODRÍGUEZ DE VESA, loc. cit., p. 394.

(160) Cfr. CONSTANTINESCO, loc. cit., p. 315.

(161) Cfr. CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur*, Riv. dir. civ., 1968, p. 148 y ss.

(162) LA TORRE, op. cit., p. 655; ALTAVILLA, loc. cit., p. 304; DEUTSCH, loc. cit., p. 151 y ss.

(163) SCIALOJA, cit. por LA TORRE, loc. cit., p. 656. Cfr. DOUARD, *La faute inexcusable*, cit., p. 48.

(164) ALONSO OLEA, *La responsabilidad*, cit., p. 34. Por su parte la jurisprudencia ha hablado al respecto de "conducta arbitraria" (S. 24-V-57).

cuencias. La temeridad, puesta en conexión con esa mínima diligencia, significa el traspaso del peligro máximo consentido: obra temerariamente quien crea adicionalmente un peligro innecesario de tal grado que no es aceptable, ya no sólo porque no sea socialmente adecuado, sino porque su inminente peligrosidad es una conducta socialmente inadmisiblemente imperdonable.

El trazado de límites entre lo permitido y lo inadmisiblemente no toma en ningún caso como punto de referencia básico la licitud o ilicitud de la conducta del trabajador, su violación tanto de la normativa laboral como las instrucciones y órdenes patronales. Al igual que en el plano penal, podríamos decir que tales violaciones no constituyen necesariamente una calificación de temeridad, y que ni la no desobediencia de tales disposiciones exonera al trabajador en todo caso de una calificación de temeridad, ni al contrario una mera inobservancia traiga de por sí la calificación de temeridad. La doctrina civil ha llegado a una conclusión paralela respecto a la violación de disposiciones en cuya finalidad primaria o secundaria era la evitación de peligro y la conclusión a que ha llegado es que la violación de normas protectoras no trae consigo necesariamente la configuración del ilícito culposamente (165). Y en materia de accidentes de trabajo había sido ya aceptado entre nosotros por jurisprudencia y doctrina (166).

Si esto se aplica al supuesto de inobservancia de prescripciones y medidas de seguridad en el trabajo, con muchísimo más fundamento debe aplicarse a los supuestos en los que se trata de unas simples violaciones de órdenes, instrucciones o prohibiciones patronales, no encaminadas directamente a la evitación de accidentes. De este modo, aún más si se tiene en cuenta el cambio de perspectiva operado por la reforma de la Seguridad social, debe abandonarse cualquier intento de juzgar la temeridad en base al mero dato de la desobediencia del trabajador, lo decisivo es la peligrosidad del acto, no el carácter de indebido en el marco de la relación de trabajo (167).

(165) CIAN, op. cit., p. 200; DEUTSCH, op. cit., pp. 165-171.

(166) ALONSO OLEA, *La responsabilidad*, cit., p. 34; DEL PESO, *Pasado, presente y futuro*, cit., p. 272 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La conducta delictiva, de la víctima*, cit., p. 522 y ss.

(167) El problema cuanto más habría que plantearlo respecto a la existencia de relación de causalidad, cuando pudiera afirmarse que tales actos son por completo extraños al trabajo. Cfr. SACHET, *Traité*, cit., I, p. 288 y ss. La equiparación, bajo ciertos presupuestos de la desobediencia a la culpa grave e incluso al dolo existe en algunos países. Cfr. TISSEMBAUM, *Les rapports de l'employeur avec la Sécurité sociale à l'occasion des accidents du travail et des maladies professionnelles*. Rapport General al V Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. En *Actes...*, Lyon, 1963, t. III, p. 1332. Sin embargo, los requisitos son bastante rigurosos para admitir la equiparación de la desobediencia, así, la jurisprudencia brasileña requiere al lado de la voluntariedad del acto, y el carácter no indispensable del trabajo u otra falta de justificación, la conciencia del peligro, con lo que estamos claramente, no ante una mera desobediencia, sino una desobediencia que constituye "imprudencia temeraria" (cfr. GONÇALVES, en dichas Actes, p. 1439). También

22. El concepto de temeridad hay que ponerlo en conexión con la idea de *peligrosidad*, con una peligrosidad de un grado tal que no es admisible una voluntaria provocación de la misma.

Dos elementos trae consigo esa peligrosidad, por un lado la inminencia, la extrema *probabilidad* de acaecimiento de un siniestro; por otro lado, la *previsibilidad* que haga evitable ese peligro, de modo que sea "reconocible" el peligro inminente creado. En esta conciencia del peligro de la probabilidad del daño se plantea, ya que es un aspecto de ella, la misma problemática que respecto a la apreciación de la diligencia, esto es, si debe apreciarse en abstracto, o debe tomar en cuenta las dotes individuales del trabajador. Adoptando el mismo módulo utilizado en general para la medida de la diligencia se suele utilizar el módulo objetivo, requiriéndose así sólo que el acto sea previsible "in abstracto" de modo que el peligro sea o haya debido ser previsible por el actuante (168).

Responde esta idea a la busca de seguridad, evitando fáciles exculpaciones en base a las circunstancias personales del accidentado, pero con ello se llega a una solución muy poco equitativa sobre todo el marco en que nos movemos. Para solucionar en parte la cuestión los partidarios de la objetivación de la diligencia, crean grados específicos de la misma de acuerdo a la especialidad del sector en que ésta sea exigible (169), de manera que se utilizaría de medida "las normas usuales de conducta de los trabajadores ocupados en la misma profesión u oficio del accidentado" (170). Sin embargo, no basta esto para solucionar la cuestión, que requiere antes bien abandonar la tesis de la irrelevancia de las características personales, y aceptar que si culpabilidad significa voluntad reprobable, "la lógica del sistema exige que tenga en cuenta siempre el nivel de las dotes individuales,

---

en el derecho checo la desobediencia debe estar relacionada con las medidas de seguridad e higiene del trabajo, dando lugar su existencia a una reducción de derechos (KOVARIK, *Actes*, cit., p. 1667). En el derecho inglés la Sección 8 de la anterior National Insurance (Industrial Injury) Act. de 1946 tiende a regular la cuestión admitiendo la calificación de accidente, y protección correspondiente cuando se actúa contraviniendo reglamentos, órdenes del empleador, o sin instrucciones de éste si el acto se ha realizado con el propósito y en conexión con la actividad del empleador y "the accident would have been deemed so to have arisen had the act not been in contravention as aforesaid or without instructions, as the case may be" (Cfr. CROSSLEY, *Actes*, cit., p. 1560; GAYLER, *Derecho Industrial*, Madrid, 1965, p. 508).

(168) DOUARD, op. cit., p. 57. Cita al respecto la frase de MAZEAUD de que sería muy fácil a la víctima adoptar "la masque facile de la bêtise" para justificar que no se ha conocido el daño. Téngase en cuenta que el razonamiento global de DOUARD se encamina a delimitar la falta inexcusable del empleador.

(169) Cfr. DEUTSCH, op. cit., p. 129 y ss. que estudia los "besonderen Verkehrskreise" creados por la teoría objetiva, dentro de los cuales se distinguen grupos constituidos por "Amt, Beruf oder Gewerbe", y dentro de ellos existen grupos profesionales ("Gruppe de Fachleute").

(170) ALONSO OLEA, *La responsabilidad*, cit., p. 34.

en cuanto no se puede reprobar al sujeto no hacer aquello que no podía realizar" (171).

Esta solución es más fácilmente aceptable en el accidente de trabajo, pues la confianza en el tráfico negocial en que basan su argumentación los objetivistas carece de función en el presente caso. Además, la tesis objetiva está expresamente negada por el muy terminante art. 60 L. C. T. que impone medir la diligencia del trabajador teniendo en cuenta también sus cualidades objetivas; si sus dotes personales son inferiores a las del tipo medio en la profesión, o si por el contrario sus dotes personales son superiores, ello ha de ser tenido en cuenta debidamente para el enjuiciamiento de la temeridad, junto a ese criterio objetivo antes aludido. Diríamos con CIAN que el deber de cada uno de tender a no superar el límite del riesgo consentido y a la vez la eventual diversidad de las dotes individuales harán de este modo que la conducta calificable como diligente varíe en función de estas últimas. "Si es así, la objetividad del criterio seguido para su determinación, resulta perfectamente compatible con el principio de la relevancia de las características psicofísicas del agente" (172).

23. Si se admite que la gravedad de la culpa hace referencia a la previsibilidad de un peligro excesivamente probable (173), implícitamente se está poniendo el acento en la nota de *voluntariedad* en los elementos psicológicos en la conducta del trabajador.

En el sistema francés al definir la "faute inexcusable" se ha puesto de relieve la exigencia de voluntariedad unida a la conciencia del peligro. Muy gráfica es la definición contenida en la Ley de 2 de marzo de 1957: "falta deliberada que implica la conciencia de la probabilidad del daño y su aceptación temeraria", siguiéndose así el clásico criterio jurisprudencial que requiere la existencia de un acto "voluntario realizado con conocimiento de causa de un peligro cierto" (174). Por ello llega a sostenerse en la doctrina que el juez tiene que preguntarse si el agente tenía verdaderamente conciencia de las consecuencias peligrosas del acto (175), lo que se justifica precisamente por ser una falta "equipollente" al dolo. La idea de la falta inexcusable como aceptación voluntaria de un riesgo como un acto u omisión deliberado, y su distinción del dolo está magistralmente trazada en PICARD, quien distingue al respecto, intencionalidad, como voluntad dirigida al resultado *cierto* del acto, de la voluntad, propia de la

(171) Así, CIAN, *Antigiuridicità*, cit., p. 209.

(172) Loc. últ. cit., p. 211.

(173) Cfr. ALTAVILLA, loc. cit., p. 306.

(174) Arret C. de Cass. francés de 15-II-1938. Cfr. DOUARD, loc. cit., p. 42; SACHET, *Traité*, cit. II, p. 300; LOUBAT, loc. cit., pp. 446-447.

Según SERRE "la falta inexcusable supone por parte de su autor un acto de voluntad, una imprudencia querida, reflexiva, pero sin intención culpable. Es sin duda un cuasi-delito como la falta grave, pues carece de la intención de dañar, pero un cuasidelito que se acerca más al delito" precisamente por su elemento voluntario (loc. cit., p. 240).

(175) JOUGLART, cit. por DOUARD, loc. cit., p. 42.

falta inexcusable, de realización de un acto peligroso con la conciencia de ese peligro: la consecuencia dañosa no se quiere, ni es además inevitable, necesaria, sino sólo eventual y previsible, "es el actuar sin adoptar las previsiones para evitar ese peligro muy posible, lo que constituye la falta inexcusable" (176).

No hay mala intención ni voluntad de causarse el daño: el trabajador realiza voluntariamente una acción que sabe peligrosa, pero no quiere provocar el accidente; la voluntad reside así en la aceptación consciente del acto que se sabe peligroso, dejándose al azar la incertidumbre de que ocurra un siniestro, pero con la esperanza de que éste no acaezca. Este afrontar conscientemente el riesgo, este "periculum in me accipio" aceptando actuar arriesgadamente es lo que constituiría en última instancia la inexcusabilidad la temeridad.

¿Debemos aplicar entre nosotros este criterio, requiriendo siempre la conciencia efectiva del peligro para reconocer la temeridad? (177). Desde luego, la necesidad de la voluntariedad del acto mismo que ha dado lugar al accidente, por lo evidente, no necesita ser argumentado, lo discutible reside en decidir si se debe tomar en cuenta el proceso psicológico del trabajador en concreto, o, al contrario, referirse al proceso psicológico de un trabajador tipo, de modo que la conciencia de la excesiva probabilidad del evento lesivo puede ser prevista en la específica individualidad del sujeto (culpa consciente) o generalmente por cualquier persona en sus circunstancias (culpa inconsciente) (178). En el primer caso el sujeto actúa conscientemente conociendo la po-

---

(176) *Traité*, cit., I, pp. 55-56. Según ROLAND la falta inexcusable como categoría nueva surgida del Derecho del Trabajo, se caracteriza frente a la falta grave por su carácter voluntario, ésta puede consistir en una inatención o inadvertencia, mientras que la falta excusable "implique un comportement réfléchi et conscient" (Rapport National, Actes du V<sup>e</sup> Congrès, Inte. cit., p. 1550).

(177) Lo que no quiere decir lo contrario, es decir, que la mera representación del evento como posible, si no es rigurosamente muy probable, dé lugar necesariamente a la calificación de temeridad.

Por otro lado la aceptación de este requisito lleva necesariamente al examen en el caso concreto no sólo a las circunstancias subjetivas del sujeto, sino a las condiciones de imputabilidad, edad, sexo, posibles disturbios psicológicos (como p. ej., la fatiga), posibles anomalías mentales, etc. Posiblemente desde esa perspectiva el examen de la embriaguez habrá de adquirir una perspectiva distinta, no tanto como, con frecuencia, como causación de la imprudencia, sino como justificación de la no imputación de la misma.

Precisamente en esta previsibilidad subjetiva del daño se encuentra la diferencia entre la mera falta grave, sobre la que existe acuerdo en la doctrina que no requiere necesariamente esa conciencia del peligro (cfr. bibliog. cit. por CIAN, en *Antigiuridicità*, cit., p. 29, n. 100) y la falta constitutiva de imprudencia temeraria, que requiere esa conciencia de peligro indudable y evidente (Cfr. ROLAND, loc. cit., p. 1550). Justamente en la existencia de previsión ve la doctrina el acercamiento de la culpa al dolo. Vid., p. ej., DE CUPIS, *Il danno*, p. 64).

(178) CIAN, *Antigiuridicità*, cit., p. 217. Cfr. S. 9-IV-1963 (Sala 1.<sup>a</sup>). La previsibilidad ha preocupado entre nosotros sobre todo a la doctrina penal, vid., por todos. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit., V, p. 752 y ss. y sobre la distinción penal entre culpa consciente e inconsciente, p. 996 y ss.

sibilidad del evento, pero esperando no se produzca, en la segunda no se ha detenido siquiera en la posibilidad del evento, pero con una normal diligencia, o incluso con la diligencia quam in suis, hubiera podido reconocerlo y en consecuencia evitarlo (179).

Desde el punto de vista dogmático la conclusión habría de ser, aceptando los criterios más en boga, la de admitir tanto la culpa consciente, como inconsciente. Sin embargo, en este punto nuestra jurisprudencia parece sentar un criterio de apreciación "in concreto" de la culpa temeraria, lo que implica necesariamente al tomar en cuenta el estado de ánimo, el proceso psicológico y volitivo del trabajador. Expresiones tales como "absolutamente voluntaria" (180), "voluntariamente adoptó" (181), es "querido por él" (182), "actuación individual absolutamente voluntaria" (183), "riesgo que ha de estimarse querido por el propio ejecutante" (184), o más rigurosamente se requiere como "condición esencial", "que la víctima comporte una conciencia clara del peligro" (185).

Esta doctrina jurisprudencial debe aceptarse sin reticencias, pues la solución demasiado radical de equiparar la temeridad al dolo debe traer consigo tanto una interpretación restrictiva y rigurosa de la misma, como un paralelismo en su examen y si el dolo debe ser apreciado in concreto, sería poco equitativo apreciar, al contrario, la temeridad in abstracto. De otro modo, se aceptarían causas de exculpación de la intencionalidad, pero no de la temeridad.

Ese "temerario desprecio al peligro" como gráficamente llama a esta imprudencia la S. 23-V-66, requiere en el trabajador una conciencia clara del peligro y la realización voluntaria de la acción u omisión culposa, que subjetivamente se estima peligrosa. Si esa conciencia clara falta en el sujeto que obra irreflexivamente, no debería estimarse entonces la existencia de temeridad.

La dificultad práctica de esta solución radica en lo problemático, a veces insuperable, de examinar el proceso intelectual y volitivo del accidentado. En algunos casos existen claros indicios de la existencia de conciencia del peligro, tal y como refleja la jurisprudencia en casos de existencia expresa de prohibiciones de la empresa, y de advertencias concretas patronales y de los compañeros de trabajo (186). Otras veces la previsibilidad del daño es tan evidente que supera la mera

---

(179) Cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttinga, 1959, p. 162 y ss.

(180) S. 5-XI-62.

(181) S. 30-IV-58. La S. de 6-VI-58 reconoce "a contrario sensu" una idea similar al afirmar la existencia de imprudencia profesional en actuación realizada "sin prever ni pensar pueda ocurrir".

(182) S. 3-XI-1959.

(183) S. 5-XI-62.

(184) S. 27-I-61. Por su parte la S. de 12-VI-59 habla de "ignorancia disculpable" para justificar la profesionalidad de la imprudencia.

(185) S. 8-X-1962. Sin embargo, en algunas sentencias se habla en casos reconocidos de temeridad de conducta "irreflexiva", así la S. 17-V-57.

(186) Cfr. S. 19-V-61.

probabilidad para devenir inminente y casi inevitable de modo que "suscitará en cualquier espectador un sentimiento de reprobación y de temor" (187), el grado de probabilidad influye aquí sobre el de temeridad, pero en el sentido, como en el caso anterior, de poder deducir una conciencia in concreto del peligro. Tanto en uno y otro caso la presunción en favor de la existencia de accidente de trabajo, no puede jugar hasta el límite de necesidad de demostrar esa conciencia de peligro. Alegada esa temeridad por la evidencia de extrema probabilidad del daño, o por expresas advertencias del peligro, tendría el trabajador, para liberarse de las consecuencias, que demostrar que esa conducta le es inimputable.

En suma, la temeridad supone una voluntad consciente y reflexiva de realizar una conducta que se sabe trae consigo una considerable probabilidad de un daño a la propia persona que lo realiza, una *conciencia "clara" del peligro muy probable* a que se expone haciendo lo que hace.

24. La sentencia de 8 de octubre de 1962, que con tanto acierto ha trazado una definición de la imprudencia excluyente de la calificación del accidente de trabajo, añade, a estas notas que venimos examinando, la idea específica de *inexcusabilidad*. Requiere además, la conducta de la víctima "no esté justificada por ninguna causa legítima"... Una vez más se evidencia el paralelismo con la construcción francesa, en que, para evitar la perogrullada de afirmar que la falta inexcusable es la que no tenga excusa, se utilizan expresiones similares "sin causa justificada", "sin razón válida", "sin la menor excusa, razón o justificación", de modo que "la falta inexcusable implica la ausencia de causa justificada o de razón válida" (188).

Ello pertenece a la propia esencia del ilícito culposo: no es tanto la peligrosidad, sino lo indebido e innecesario de esa conducta peligrosa lo que en última instancia debe ser decisivo para la calificación de la temeridad. No es temeraria, por ejemplo, una conducta muy peligrosa pero "debidamente". Por tanto no puede plantearse la temeridad allí donde el trabajador está siguiendo estrictamente las órdenes e instrucciones recibidas, por ello es frecuente encontrar expresiones del actuar según propia iniciativa, contra las órdenes recibidas de conducta arbitraria (189), expresiones todas que no pueden enten-

(187) Cfr. DOUARD, loc. cit., p. 54.

(188) Cfr. DOUARD, loc. cit., pp. 58-59; SACHET, *Traité*, cit. II, p. 301; BOLLACHE, *Les responsabilités de l'entreprisé*, cit., p. 41. Según ROLAND la causa justificativa podrá estar en la necesidad o en la utilidad del acto, loc. cit., p. 1550.

(189) Cfr., p. ej., SS. 24-V-57 y 30-IV-58. Según SACHET "l'ordre émanant d'un chef ou une autorisation expresse donnent une explication suffisante de l'acte pour lui enlever son caractère de faute inexcusable" (*Traité*, cit., II, p. 302).

No parece acogible la tesis implícita en algunas decisiones del T. S. según la cual al desatender deliberadamente y de modo voluntario las disposiciones de la empresa, constituye imprudencia extraprofesional "lo que representa sin duda una negligencia personal del trabajador, que, al romper el nexo causal, exonera de responsabilidad al empresario" (S. 12-IX-1964).

derse en el sentido de que la mera desobediencia signifique temeridad, pero sí desde luego en el sentido de que no es temeraria la conducta conforme a las órdenes recibidas. Lo que pertenece al riesgo normal de la empresa.

Mayor dificultad tienen otras causas de exculpación que se integrarían en lo que llamaríamos *exceso de celo*, esto es, cuando espontáneamente el trabajador sobrepasa sus estrictos deberes laborales realizando actos peligrosos pero en claro beneficio del interés de la empresa. La jurisprudencia al respecto había venido siendo bastante rigurosa afirmando la "extraprofesionalidad" de estos actos espontáneos (190). El primer paso al respecto lo dio el T. S. en materia de actos de salvamento en los que con solución no uniforme (191), llegó a estimar la existencia de accidente de trabajo. Esto ha quedado fijado de modo definitivo en el art. 84, 5 d) de la Ley de Seguridad Social, que expresamente considera accidente de trabajo "siempre que tenga conexión con el trabajo" los acaecidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga. Como normalmente tales actos de salvamento traen consigo la asunción de un riesgo excesivo, debe entenderse que tales actos realizados por un deber de solidaridad humana, no sólo no rompen la conexión con el trabajo, sino que además constituyen una causa justificada que evitará la consideración temeraria e inexcusable la conducta del trabajador. No carece de fundamento en este caso hablar como hace alguno, de eficacia eximente, por estado de necesidad, sobre la culpa (192).

Distinto es el supuesto de actos arriesgados en interés de la empresa pero en la marcha normal de la empresa y por la propia iniciativa del trabajador. Al respecto existe un dato normativo similar al anterior, la expresa consideración de accidente de trabajo al sufrido en tareas diversas a las propias que el trabajador ejecute "espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa" (artículo 84,5, c). El significado del precepto es fundamentalmente clarificar que no rompe la conexión trabajo-lesión el hecho de que se realice distinto trabajo en el momento del accidente que el propio: una interpretación demasiado forzada sería la de intentar afirmar contiene una eximente para el caso en que la actuación imprudente se hizo en interés del buen funcionamiento de la empresa. La exoneración de las consecuencias de la temeridad, la justificación de ésta,

---

(190) Vid. S. 4-IV-59.

(191) Cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones*, cit. 3.ª, pp. 64-65.

(192) LA TORRE, loc. cit., p. 663 que comenta al respecto el art. 1.900 del C. civile. Cuestión similar sería la de la legítima defensa que podría aplicarse al supuesto de riñas, provocaciones (ibid., p. 668).

Para SACHET no podría nunca ser clasificado dentro de las faltas inexcusables un acto de valor realizado en un momento de peligro, pero que en lugar de ser coronado por el éxito, ha agravado las consecuencias del accidente (*Traité*, cit., II, p. 302); debe tenerse en cuenta que dentro de los actos de salvamento se integrarían no sólo actos imprudentes propiamente dicho, sino también actos intencionales.

estará más bien en la expresión “y otros de naturaleza análogos” que utiliza el párrafo d) del mismo apartado. La asunción voluntaria y consciente de un riesgo excesivo no se calificará de temeraria cuando la finalidad específica perseguida (siendo adecuado a ese fin el medio empleado) sea velar espontáneamente por el interés de la empresa, puesto en peligro de algún modo. Si se persigue directamente evitar un perjuicio a la empresa, si ese perjuicio es importante, y si es un medio razonable la conducta que el trabajador ha adoptado, esa asunción de riesgo no debe traer consigo lógicamente la pérdida de la protección derivada del accidente de trabajo (193).

Dado que se ha sostenido la necesidad de apreciación en concreto de este tipo de imprudencia, dentro de estas circunstancias justificativas habrán de admitirse también las circunstancias subjetivas de falta de voluntad o de conciencia que influirán sobre la admisión o no de temeridad. Tal el caso no sólo del *Tatbestandsirrtum* y el *Verbotsirrtum*, que eximirá de consecuencias una conducta del trabajador basada en un error sobre los elementos del supuesto (194), o sobre las disposiciones existentes (195), sino también la mera inatención de la falta de preocupación y reflexión (196).

25. La inatención puede además estar calificada y así lo será frecuentemente, por la habitualidad al peligro. En este punto encontramos de nuevo la noción de *imprudencia profesional*, que examinada desde

---

(193) Así la S. de 6-XI-62 habla de “acto arriesgado en pro del servicio”. También es frecuente la referencia jurisprudencial a la necesidad del acto, cuando no se utiliza un criterio más genérico: “la imprudencia extraprofesional... exige... que la falta cometida sea de una gravedad excepcional, que no esté justificada por ningún motivo legítimo y que la víctima comparta una clara conciencia del peligro”. Por su parte la S. de 21-V-59 alude a “que los actos realizados o las circunstancias de su ejecución no estén determinadas por la realización de la tarea laboral obedeciendo a motivos o causas ajenas incidentes sobre la libre voluntad del productor, que así asume conscientemente u omite las más elementales precauciones para salvaguardar un peligro, por razones particulares y subjetivas extrañas al trabajo y sólo a su realizador imputable”.

La solución en los sistemas más progresivos caminan por la vía de tener en cuenta el interés ya sea propio ya de la empresa que el trabajador ha perseguido en su actuación. Vid., p. ej., la solución húngara, NAGY, *Actes*, cit., p. 1576.

(194) No podría haber “desprecio al peligro” cuando tal peligro se desconociera, así, p. ej., se ignora que un andamio esté en malas condiciones. Vid. sobre la cuestión, por todos, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 256 y ss., 365 y ss., esp. pp. 400-404, y entre nosotros, SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, pp. 93-98.

(195) Ello se deduce implícitamente de nuestra jurisprudencia que alude con frecuencia al conocimiento por el trabajador (“dando la debida publicidad a la prohibición”) de órdenes o prohibiciones. Vid., p. ej., S. T. C. 2-VI-69 que sigue jurisprudencia reiterada del T. S.

Cfr. sobre la cuestión LA TORRE, loc. cit., p. 668; CIAN, *Antigiuridicità*, cit., p. 284 y ss.

(196) Así, LOUBAT, *Traité*, cit., p. 450. La S. de 25-2-64 habla de “norma o manera de obrar más o menos ligera”.

el punto de vista de la excusabilidad de la conducta propicia al peligro toma un nuevo y diverso sentido.

Hasta ahora lo que se había trazado entre nosotros es un standard de conducta admisible, en que se incluían ciertas negligencias y descuidos "comprensibles" (197), derivados del hábito del sólito trabajo y la confianza que produce en quien lo realiza. La admisión del criterio de la temeridad de la imprudencia trae consigo de por sí un rigor tan especial en la aceptación de la misma, que los supuestos anteriormente contemplados de imprudencias profesionales, quedarían hoy, en todo caso, dentro del ámbito del accidente de trabajo al no darse las notas de la temeridad (198). Hoy diríamos que se ha pasado de la "imprudencia profesional" (habitual en el standard del trabajador normal) a la "imprudencia del profesional" que se produce en hechos no normales ni frecuentes y consistente en la conducta insólita e imprudente del trabajador, que afronta un peligro previsible y conscientemente, pero "con la confianza derivada de poderle eludir" (199), "confiando en que nada le iba a suceder" (200), "confianza en su destreza", "que inspira una labor continuada que exculpa de cualquier imprudencia" (201).

Si la culpa temeraria presupone siempre un "exceso de confianza", el realizar actos incesarios excesivamente peligrosos pensando que no se va a producir el siniestro, la profesionalidad de la imprudencia va a significar entonces una circunstancia exoneradora específica de ese exceso de confianza que se estima "comprensible" por la confianza que deriva de la habitualidad del propio trabajo. En la peligrosidad del trabajo se incluiría así el peligro específico de confiar demasiado, de perderle el miedo al peligro. Y como ese exceso de confianza es consecuencia del trabajo, se prescinde en tal caso de las consecuencias exo-

(197) S. 27-XII-1962. Cfr. S. 16-V-1958.

(198) De esto se hace eco la S. 21-V-1969 (en recurso en interés de la Ley) que expresamente señala el cambio por la nueva legislación, a sustituir la antigua imprudencia extraprofesional por la temeraria. Sin embargo, después parece equipararlas ("porque la estimación de la reseñada conducta como imprudencia extraprofesional o como imprudencia temeraria, según la terminología de la nueva legislación"). Como hemos visto no se trata de un mero cambio terminológico, sino también fundamentalmente conceptual, de manera que la doctrina jurisprudencial anterior debe ser rectificada por el T. S. en la medida que lo requiera el cambio normativo. Otra cosa sería volver a la postura de la S. de 1903, continuar con la inercia de los conceptos elaborados, evitando la incomodidad de reemplantar y crear nuevos conceptos, de acuerdo con las decisiones legislativas. Los datos legislativos exigen, 1.º, plantear la imprudencia temeraria siguiendo los criterios fijados ya por el T. S. desde la perspectiva de una muy extremada gravedad que la acerque al dolo 2.º, Examinar la imprudencia profesional, presupuesta la temeridad de la misma, como causa de exoneración de una conducta en sí mismo temeraria.

(199) S. 6-VI-1958, se habla también de "imprevisión debida a la habitualidad y confianza en el trabajo" (S. 31-X-1958) "hija de la confianza que el trabajo le inspira" (S. 31-X-58).

(200) S. 24-X-59.

(201) SS. 24-XII-62 y 31-XII-59.

neradoras normales que traería consigo la conducta en sí mismo temeraria del trabajador. Lo que nadie haría (temeridad), lo que ningún trabajador haría normalmente (imprudencia profesional en sentido habitual) lo que correspondería a la diligencia de un trabajador de esa clase e incluso a la diligencia concreta de ese trabajador sería no realizar la acción temeraria que con conciencia del peligro ha realizado el trabajador, pero con la confianza de poder evitarlo con su destreza. Por ser esa confianza derivada del propio trabajo se considera que el hecho es consecuencia del trabajo, sin admitirse exoneración en base a tal imprudencia temeraria pero de profesional.

Más que de una ampliación en sentido propio del riesgo consentido, a un nivel más amplio (lo que supondría estimar como "normal" y "permitida" al profesional) esa conducta que la creación innecesaria de un riesgo inminente (202) se trata de que de una conducta no consentida, ni correspondiendo en el contexto social a lo admitido, no se derivaran las consecuencias normales de la temeridad, de actuar a su propio riesgo, sino que se perdona y excusa, precisamente por la específica conexión con el trabajo que esa temeridad en sí misma tiene.

La nueva búsqueda de la noción de la imprudencia profesional debe pues olvidar la problemática de la gradación de la culpa y ceñirse (presupuesta la temeridad, pues sólo en tales casos la pregunta tendrá significado) si la misma es resultado directo de la confianza que se deriva del desarrollo habitual de un trabajo, y por ello, pese a tal temeridad, debe ser perdonable.

26. En suma, la nueva Ley de Seguridad Social ha supuesto para la regulación de la conducta culposa del trabajador productora de un accidente de trabajo un notable paso. Se generaliza una solución que jurisprudencialmente se había apuntado en los accidentes "in itinere" de dar sólo valor exonerador a la culpa de extraordinaria gravedad, que se equipara al dolo. Aún más al preverse que se fijaran reglamentariamente los criterios definitorios del accidente "in itinere", puede que para el mismo se tracen de modo más específico las circunstancias exigibles a la culpa y por ello en la regulación actual, la imprudencia temeraria se aplicará fundamentalmente a los accidentes de trabajo en sentido estricto. Con la Ley además la imprudencia profesional ha logrado su encuadramiento y significado originario de exoneración de culpas de extrema gravedad, perdonables en cuanto tales culpas tienen su origen a su vez en el trabajo mismo.

La Ley ha introducido como criterio general en orden a la pérdida del derecho a ciertas prestaciones, la equiparación de la imprudencia temeraria al dolo, tomando como buena una solución que, según vimos, originariamente se dio para resolver la colisión entre una responsabilidad por riesgo (entendida como responsabilidad presunta) y la culpa de la víctima productora del accidente. Precisamente este intento de fijación de un criterio general de equiparación de la culpa al dolo,

---

(202) Cfr. MUNZBERG: *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 351.

obliga a plantear críticamente su superación, fácilmente admisible desde la perspectiva de cobertura de situaciones de necesidad, como finalidad directa perseguida por el sistema de Seguridad Social, que cuanto más, sólo debería tener como límite la malevolencia dolosa y fraudulenta de la propia víctima, o, en su caso, de sus beneficiarios.

Las razones que se alegan para tomar en cuenta la culpa de la víctima productora de una situación protegida se reducen sustancialmente a una fundamental que es la de "pedagogía social", para evitar que el hombre no pierda el sentido de su responsabilidad y obre prudentemente. Tal se expresa DOUARD cuando indica cómo la socialización de la responsabilidad tiene el peligro de hacer olvidar al hombre el sentido de la libertad y de su responsabilidad individual (203).

Entre nosotros, en que no se ha sido demasiado riguroso legal ni jurisprudencialmente con la responsabilidad patronal por culpa productora del accidente (204), al contrario, se ha adoptado una solución demasiado rígida, de sí o no, en orden a las consecuencias de una culpa temeraria del trabajador.

La equiparación de la culpa lata al dolo, responde al viejo brocardo demostradamente interpelado "culpa lata dolo aequiparatur" (205). ¿Cómo se pueden confundir cosas tan distintas?, se preguntan PICARD y BESSON, "el dolo se analiza como acto intencional realizado de mala fe; la falta grave... es cometida sin maldad alguna, sin mala intención, sin voluntad... de causar un daño. Asimilar las dos faltas es hacer abstracción de la intención que preside la acción del hombre. Sin duda la gravedad de una falta puede servir al juez de presunción de una mala intención. Pero la Ley, por la dificultad de establecer cuando hay dolo, no puede establecer el principio de que toda falta grave sea intencional, pues como dice muy bien JOSSE-RAND, ello sería hacer de la mala fe la regla y de la buena fe la excepción" (206). Estas reflexiones aumentan considerablemente de valor cuando tal equiparación pretende aplicarse, en el campo de la Seguridad Social, a las situaciones protegidas por ella, que precisamente toman en cuenta estados típicos de necesidad y no responsabilidades ajenas o posibles daños en el patrimonio (207). Aplicar aquí la idea de pena civil que tiene en sí mismo el principio de autorresponsabilidad y

(203) "Y constituer un último límite a toda irresponsabilidad" (loc. cit., p. 7). Cfr. BOLLACHE, loc. cit., p. 53; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 313 y ss. Debe repetirse que el planteamiento del tema en la doctrina francesa hace referencia en especial a la falta del empleador, que es el supuesto más frecuente de aplicación de la noción de falta inexcusable.

(204) Cfr. art. 147 LSS.

(205) Vid. CIAN, *Culpa lata dolo aequiparatur*, cit.

(206) *Traité*, cit., I, p. 62. Para estos autores este dato es decisivo para la admisión del aseguramiento de la falta grave, pues permanece la incertidumbre del suceso asegurado, a diferencia de la falta intencional.

(207) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, Riv. it. Pre. Soz. 1948, p. 177, para el cual ambas nociones, la de riesgo y necesidad, no se excluyen necesariamente. Vid. críticamente VOLPE PUTZOLU, loc. cit., p. 23 y ss.

conducta a propio riesgo es contradecir la esencia protectora misma que preside el entero sistema (208).

La solución resulta además poco armónica con el tratamiento más progresivo de otras especies de culpas productoras del accidente. Desde los años treinta se ha rectificado el criterio inicial de que la concurrencia de culpa de tercero excluía la calificación de accidente de trabajo, lo que consagra con toda claridad y de forma expresa la Ley de Seguridad Social (209). No obstante, ha permanecido la solución, poco concorde según vimos con la Ley de 1900, de considerar incompatible con el accidente la culpa de la víctima que lo origina, si bien hoy limitada a las culpas de extrema gravedad, calificables de temerarias y que no sean consecuencia de la confianza que el trabajo habitual produce. Debería haberse dado también en este caso una solución paralela, de que la culpa de la víctima del grado que fuera no tendría

---

(208) Cfr. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., p. 455; LA TORRE, loc. cit., p. 709; TRIMARCHI, loc. cit., p. 315. MESSINEO afirma que más que de "autorresponsabilidad", pues la responsabilidad requiere alteridad, se trata simplemente de que el sujeto debe reparar por sí las consecuencias dañosas que su propio acto origina a su patrimonio, *Manuale di diritto civile*, I, 9.<sup>a</sup> ed. Milán, 1957, p. 201). Cfr. MUNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 305.

(209) El primer paso fue conceder las indemnizaciones por accidente en los casos de absolución del tercero, pues obtenida la indemnización dimanante de ese acto no podía concederse la de accidente de trabajo (p. ej., S. 21-II-1929 y 8-VI-1932). Con ello se estaba admitiendo la existencia de accidente de trabajo pero se excluía la posibilidad de percibir una doble indemnización (S. 27-VI-1933). Luego se equipara insolvencia del tercero con la absolución (S. 24-XI-34). Más tarde por la celeridad del proceso laboral se estima que debe percibirse preferentemente la indemnización por el accidente, sin perjuicio de una reclamación del patrono o compañía como perjudicados frente al tercero (S. 2-II-1932). Pero el patrono o la entidad está dirámanos adelantando el pago del tercer responsable, pues expresamente se dice que es preferente la responsabilidad de éste: "en cuanto la responsabilidad del patrono sólo nace por la insolvencia del autor del delito, sólo debiera mantenerse mientras éste subsiste, y en caso de pago por el patrono permitirá a éste repetir contra el culpable" (S. 8-I-1934). Se llega así a la solución de que se paga por el patrono o por su aseguradora, y éstos a su vez repiten contra el tercero responsable, liberándose al trabajador de las incidencias y riesgos de esa acción frente al tercero. La misma idea de no compatibilidad de doble indemnización y carácter subsidiario de la protección por accidente de trabajo se refleja, aunque no con toda claridad, en el art. 53 de la Ley de Accidentes de 1956, y en el art. 189 del Reglamento. Pero como en la vía laboral se imponía el pago de las prestaciones por accidente sin perjuicio del derecho de regreso frente a los terceros responsables, tenía que ejercitarse ese derecho preferente ante jurisdicciones no laborales, sobre todo en lo penal, y fueron precisamente los tribunales penales los que, frente a excepciones formuladas por el causante, vinieron a afirmar tanto la compatibilidad de ambas indemnizaciones, como la inviolabilidad de la jurisdicción penal para ejercitar esa preferencia (vid., p. ej., SS. de lo Penal, 23-XI-60, 10-III, 20-VI y 14-XI-1961, 31-III, 11-V, 2-VII-1962, 20-II y 8-VII-1963).

La LSS. acepta en principio la compatibilidad de indemnizaciones, y concede sólo el derecho de reintegro respecto a las prestaciones sanitarias (artículo 97,3), dejando indubitado la consideración de accidente pese a la concurrencia del acto del tercero (art. 84,4). Cfr. ALONSO OLEA, *Instituciones*, cit., pp. 61-63; CABRERA BAZÁN, *La responsabilidad del tercero causante del daño y el nuevo régimen de Seguridad social*, RPS, 61, pp. 294 y ss.

relevancia para excluir el concepto de accidente añadiendo cuanto más la condición de conexión con el trabajo (210).

La rigidez de la solución adoptada se observa tanto respecto a la no consideración diferenciada de las diversas resultas del accidente, como por no permitir soluciones intermedias en orden a las prestaciones, que o se conceden íntegramente o se deniegan. Para lo segundo podría haber servido la solución clásica francesa de permitir una reducción de las rentas teniendo en cuenta el grado de la falta, pero no dejando sin toda protección a la víctima del accidente. La idea no ha sido del todo ajena a la Ley, pero no ha encontrado realización específica en la regulación de las diversas prestaciones (211). Y, en todo caso además, respecto al accidente de trabajo la única solución posible sigue siendo la del sí o el no: o hay accidente pese a la provocación culposa del mismo por el trabajador y recibe la protección completa consecuyente; o no hay accidente por considerarse temeraria y no profesional tal culpa, y las prestaciones por accidente de trabajo no se conceden en modo alguno a la víctima.

La rigidez en la consideración de las contingencias consiste precisamente en esa pérdida total de derechos en tales casos. El sistema francés, poco avanzado al respecto en comparación con otros, sólo se ha planteado la posibilidad de reducir las prestaciones económicas consistentes en rentas (212), no aplicándose ni a los supuestos de incapacidad temporal, ni a otros supuestos (213) y desde luego concediendo íntegro el tratamiento sanitario de la víctima.

Un punto de partida para esta solución discriminadora existe en nuestro régimen vigente en que se ha distinguido con carácter general para las prestaciones del sistema, el tratamiento de la asistencia sanitaria y de la muerte y el de los supuestos de incapacidad laboral transitoria e invalidez común, siendo en los primeros, según se ha visto anteriormente, inoperante la imprudencia temeraria, relevante al contrario en los segundos. Se ha criticado la solución precisamente

---

(210) Aún más si se tiene la posibilidad (cfr. art. 84,5, a) de fijar reglamentariamente las condiciones que ha de reunir el accidente "in itinere" en el que podría darse mayor relevancia, no sólo a la culpa del trabajador o incluso del tercero. Lo que no tiene sentido es tomar este supuesto anómalo, para aplicarlo a todos los casos de accidentes.

(211) Cfr. arts. 60 y 193 que hablan de "reducción". Esta es la solución frecuente en aquellos sistemas en que aún admiten la relevancia de la culpa de la víctima cfr. VOIRIN, *Actes*, p. 1685.

(212) Cfr. art. 467 Code de la Sécurité sociale. El sentido originario de la regla de DOUARD, loc. cit., p. 144. En el derecho canadiense ocurre precisamente lo contrario, la reducción no tiene lugar en los supuestos de invalidez grave o muerte. Cfr. BEAULIEU, *Acte*, cit., p. 1464. También en Polonia no juega en caso de muerte ni siquiera la intencionalidad (Cfr. MODLINSKI, *Actes*, cit., p. 1624). En otros casos se conceden las prestaciones comunes de Seguridad social (p. ej., Checoslovaquia KOVARIK, *Actes*, cit., p. 1668; Hungría NAGY, *ibid.*, p. 1576).

(213) Tal la mejora de pensión por gran invalidez, aunque esto se discute (cfr. DOUARD, pp. 156-157). y en todo caso, la asistencia sanitaria. Esto es también constante en los sistemas comparados.

por dar lugar a dejar sin protección económica alguna a la víctima del accidente producido por imprudencia temeraria no profesional, que queda fuera de la acción protectora por accidentes de trabajo y por incapacidad temporal e invalidez común, pero sin embargo, es elogiable en cuanto tratamiento diferenciado que podría ser acogido en materia de accidentes, de no admitirse la solución propuesta de supresión sin más de la relevancia de la culpa, del grado que sea, en la producción del accidente (214).

Entre el interés moral de que el hombre obtenga "experiencia y enriquecimiento moral por sus actos culposos o sus acciones reprobables" de tal manera que la gravedad extrema considerada temeraria y similar al dolo sea el último límite de la irresponsabilidad del trabajador (215), y el interés social de garantizar una adecuada protección a la víctima del accidente de trabajo o genéricamente al incapacitado o al inválido, tiene que elegir nuestro sistema de Seguridad Social poniendo en relación la conducta y el interés tutelado (216). Desde esa perspectiva posiblemente deba ser más decisiva que la anormalidad de la conducta de la víctima, la situación de necesidad específica en él creada y que de quedar a su cargo, no tendría protección alguna al no poder su patrimonio soportarlo. Por ende debe quedar la situación protegida por el sistema de Seguridad Social, y puesto que la lesión es producida por consecuencia o en ocasión del trabajo, debería gozar del pleno tratamiento privilegiado del accidente de trabajo. Una actitud de sumo rigor jurisprudencial en la admisión de la temeridad paralela a la que tradicionalmente se ha tenido de la apreciación de la culpa patronal, podría ser un primer e importante paso previo a un cambio normativo necesario, desde luego, en esta materia en que la regla de POMPONIO citada al principio de este trabajo no debe tener ninguna cabida.

---

(214) El tema es también debatido en el derecho comparado. VENTURI, señala que es una "questione particolarmente tormentata. I, fondamenti scientifici della sicurezza sociale", Milano, 1954, p. 131. Pero la solución que se va imponiendo es prescindir de una solución anacrónica en cuanto originada desde una perspectiva de exoneración de una responsabilidad individual del empleador.

(215) Cfr. DOUARD, loc. cit., p. 7 y 205.

(216) PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., p. 454.



# Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio 1970

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

La ley 7/1970 de 4 de julio que modifica el capítulo V del título VII del libro I del Código civil sobre adopción, ha introducido importantes modificaciones en la regulación de esta institución, entre ellas la exclusión de las prohibiciones de que adopten quienes tengan hijos y de que se adopte a más de un adoptado, aunque sólo se trata de novedades relativas, puesto que ya fueron admitidas por el Derecho romano, las ha admitido siempre el Derecho de Cataluña y recogiendo su vigente Compilación. Pero aquí no vamos a ocuparnos sino de un solo aspecto de la reforma, el relativo a los derechos sucesorios que son regulados en el artículo 179 para la adopción plena y en el artículo 180, § 3, para la adopción simple.

A este respecto son de destacar:

1.º La equiparación en principio del adoptado plenamente a los hijos legítimos, superando su anterior equiparación a los hijos naturales, que había introducido la reforma de 24 de abril 1958.

2.º Las reglas de que no puede percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido y de que cada uno de los hijos naturales reconocidos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.

3.º La exclusión del pacto sucesorio que la versión originaria del Código civil había previsto en su artículo 177, y al que la reforma de 1958 dio nueva redacción.

4.º La concesión de derechos legitimarios al adoptado simplemente al que se equipara con el hijo natural.

5.º La asignación a los adoptantes en la adopción plena de la posición de los padres legítimos, y la privación a éstos de todo derecho sucesorio que dimane por ministerio de la ley, excepto los de la reversión prevista en el artículo 812 C. c.

6.º La colocación del adoptante en la adopción simple en posición equivalente a la del padre natural.

Trataremos de examinar cada una de estas innovaciones.

### 1. *La equiparación, en la adopción plena, del hijo adoptivo a los legítimos.*

Se trata también de una innovación que en lo referente a la sucesión intestada tal vez sólo tenga el precedente francés y el de alguna legislación reciente. En cambio, por lo que se refiere a las legítimas

es sólo relativa, pues: en Derecho romano la cuarta Antonina o Piana era de un cuarto como la legítima de los hijos legítimos; en el Código de las Costumbres de Tortosa se daba igual equiparación, lo mismo que en las vigentes Compilaciones de Derechos civiles de Cataluña y Baleares. También en la última reforma francesa es equiparada en cuanto a la legítima el hijo adoptivo a los legítimos.

Ahora bien, la equiparación de unas y otras legítimas en Derecho romano, en el de Tortosa y en las Compilaciones catalana y balear, se confiere sin mengua alguna de las legítimas de los hijos legítimos y de los ascendientes legítimos y a costa de la parte que, en otro caso, sería de libre disposición. Recaen sobre cuotas distintas de igual módulo. Si el número de hijos legítimos es mayor o igual que el de adoptivos, la legítima de cada uno de éstos será igual a la de cada uno de aquéllos, y si es mayor el número de los adoptivos la legítima individual de éstos se comprime en su cuota global igual a la global de aquéllos.

En cambio, en la equiparación de los adoptados plenamente a los legítimos, en la reforma del Código civil, resulta: a) Que se comprime la legítima de los hijos legítimos, puesto que la de los adoptados plenamente recae en la misma cuota global. b) Se excluye de la sucesión intestada y de la legítima a los ascendientes. Ambas consecuencias pueden dar lugar a que se verifiquen adopciones *no con el fin de favorecer al adoptado*, sino con el objetivo de *perjudicar al hijo legítimo o al padre o madre legítimos*, es decir, como medio de mermar o de excluir sus derechos sucesorios.

Asimismo podría plantearse si las limitaciones de la reserva viudal que el artículo 880 extiende al viudo o viuda, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga en estado de viudez un hijo natural reconocido o declarado judicialmente, deben ser aplicables también al viudo o viuda que adopten en estado de viudez. Notemos que el adoptado puede ser hijo ilegítimo del viudo adoptante habido durante el matrimonio de éste con el cónyuge de quien recibió bienes por herencia o legado, o un hijo natural habido en estado de viudez.

## 2. *Limitaciones de los derechos sucesorios de los adoptados en la adopción plena.*

El § 1.º del artículo 179 señala dos limitaciones:

*“Primera.—Concurriendo sólo con hijos legítimos y tratándose de la sucesión testamentaria, no podrá percibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido.”*

Hay que felicitar a la Comisión de Justicia de las Cortes que limitó a la mejora ese *no recibir más* del hijo adoptivo, pues extendido a la parte de libre disposición le hubiese dejado en peor situación respecto a ésta que a cualquier extraño, en una rara versión del tipo de limitación de la vieja ley *Hac edictali*.

“Segunda.—Si concurriere [el adoptado plenamente] con hijos naturales reconocidos, cada uno de éstos no podrá percibir menos porción que el adoptivo.”

El análisis de esta limitación requiere que distingamos dos supuestos:

a) *En concurrencia de hijos naturales con adoptados plenamente, sin haber descendientes legítimos.*

En este supuesto de no concurrir descendientes legítimos, la regla que examinados parece desdoblarse en las dos siguientes:

1.º Los adoptados plenamente y los hijos naturales deberán distribuirse la herencia intestada y la legítima por partes iguales.

2.º En la parte disponible no puede beneficiarse más al hijo adoptivo que a cualquiera de los naturales. Extraña regla que, en concurrencia con hijos naturales, hace de peor condición al adoptado plenamente que a cualquier extraño; y extraña regla, también, porque el adoptado plenamente, que puede recibir más que cualquier hijo legítimo —si no se mejora a ninguno y se le lega el tercio libre—, no puede recibir más que el hijo natural que menos reciba.

Pero la complicación puede ser mayor. Por una parte, los hijos naturales en concurso con ascendientes tienen derecho a una cuarta parte de la herencia, sin perjuicio del usufructo del cónyuge viudo (art. 841), y si no concurren con descendientes ni ascendientes legítimos tienen derecho a un tercio de la herencia; y, de otra, los adoptados plenamente ocupan la posición de los hijos legítimos, es decir, excluyen a los ascendientes legítimos del adoptante y tienen derecho a dos tercios del caudal. ¿Cómo se aplicará, pues, la regla 2.ª del artículo 179, § 1.º, si cada hijo natural “no podrá percibir menos porción que el adoptivo”? ¿Se ampliará la legítima de aquéllos o se reducirá la de éste? ¿Se dividirán el haber —convertido todo él en legítima— por partes iguales?

Notemos que cualquiera que sea la respuesta a la segunda pregunta conduce a contestar afirmativamente a la última, salvo en el caso de que el número de hijos adoptivos fuese mayor que el de naturales, hipótesis en la cual quedaría una porción —mayor o menor— de libre disposición si la segunda pregunta la resolvemos a favor de la primera opción.

Lo cierto es que, a primera vista, parece que la equiparación a los hijos legítimos de los adoptados plenamente lleva a colocar inicialmente a los naturales en la misma situación que en el caso de concurrir con hijos legítimos, y, luego, a corregirla con la disposición del artículo 179, § 1, regla *segunda*, con lo cual la solución más correcta parece que será la de sumar la legítima de los adoptados plenamente (es decir, 2/3) y la de los hijos naturales (que comprenderá todo o una parte del tercio de libre disposición), y dividir su suma, entre unos y otros, de modo tal que cada hijo adoptivo no reciba mayor porción

que el natural que menos reciba. Consiguientemente la cuota viudal usufructuaria deberá gravar a unos y otros en forma tal que se cumpla esta regla. Notemos que al esfumarse, total o casi totalmente, la parte de libre disposición, el testador poco o nada podrá disponer de ella, ni por tanto, favorecer con asignación en pleno dominio al cónyuge viudo que, con la incidencia del adoptado plenamente, verá reducida a un tercio su legítima viudal en usufructo, siendo así que habría sido de la mitad al no concurrir descendientes pero sí ascendientes y de dos tercios de no concurrir ni unos ni otros.

Por otra parte, se produce la paradoja de que los hijos naturales reciben mayor participación concurriendo con adoptados plenamente que con adoptados simplemente, puesto que concurriendo con éstos y con ascendientes solamente compartirán con unos y otros una cuarta parte del haber, y de concurrir sólo con adoptados simples se repartirán un tercio del haber, conforme al criterio que luego veremos parece más correcto.

En la sucesión intestada es más patente aún la paradoja. Fallecido el causante dejando ascendientes legítimos e hijos naturales, aquéllos tendrán derecho a tres cuartas partes del caudal y los hijos naturales sólo a una cuarta parte. En cambio, si concurre además un hijo adoptivo del causante adoptado plenamente, éste excluirá a los ascendientes y se repartirá todo el haber con los hijos naturales y, según la regla de que cada uno de éstos no podrá recibir menor porción que aquél, obtendrán una porción que será mayor (el doble si hay un hijo natural) que en el caso de concurrir sólo con ascendientes.

b) *En concurrencia conjunta de adoptados plenamente con hijos naturales y con descendientes legítimos.*

¿Qué significa, en este caso, la regla 2.<sup>a</sup> del § 1, artículo 179?

Vamos a limitar, para principiar, únicamente el comentario a la porción de legítima, aunque luego lo extenderemos y nos referiremos a la sucesión intestada. De la sucesión voluntaria nada añadiremos a lo que hemos dicho al comentar la limitación primera, en el núm. 2.

¿Se trata de que la legítima de cada uno de los hijos naturales puede incrementarse cuando concurren con adoptados plenamente hasta igualarse con ellos en lo que éstos reciban de su adoptante?

Confesamos que la *ratio* de ese fenómeno nos parece difícilmente explicable. ¿Por qué los hijos naturales han de ser de mejor condición cuando, además de concurrir con descendientes legítimos, concurren con un adoptado plenamente?, ¿por qué, en este caso, han de restar mayor porción a la parte disponible con la cual el adoptante podría compensar a los hijos legítimos —especialmente a los nacidos con posterioridad a la adopción— de la disminución causada en su legítima por la concurrencia del hijo adoptivo?

Pero todavía nos resulta más difícil la aplicación práctica del supuesto:

— Supongamos que un padre fallece abintestato dejando un hijo legítimo, otro natural y un tercero adoptado plenamente, y veamos de qué diversos modos podemos orientar la solución:

1.º Con el artículo 179, § 1.º, en primer plano, podríamos razonar que el adoptado plenamente ocupa la misma posición que el hijo legítimo y como, por otra parte, el natural no puede recibir menos que aquél, bajo este prisma pensaremos que cada uno de los tres debe recibir un tercio del caudal.

Sin embargo, el artículo 840 dice que, en concurrencia con hijos legítimos, cada hijo natural reconocido tendrá “derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados”; y conforme al artículo 942, en la sucesión intestada, de concurrir con descendientes legítimos, los hijos naturales “sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 840 y 841”. ¿Es que para el supuesto de concurrir adoptados plenamente han sido derogados estos preceptos por el artículo 179, § 1.º, en su versión 1970?

2.º Esta objeción puede hacernos pensar que el enfoque ha de ser otro y partir del punto de vista opuesto: Si el hijo natural no ha de recibir sino la mitad de lo que por legítima larga corresponda al hijo legítimo, y no puede recibir menos que el adoptado plenamente: deberán natural y adoptivo recibir un sexto de la herencia cada uno y los otros dos tercios serán para el legítimo.

Pero esta solución, que convierte la regla 2.ª del § 1.º del artículo 179, Código civil de ser norma para fijar la porción del hijo natural en *no menor porción que el adoptivo* en norma para fijar la de éste en *no más porción que el natural*, queda muy lejos de la regla general enunciada por el primer epígrafe de ese párrafo 1.º Claro está que podría decirse que esa excepción resulta precisamente de una de las dos particularidades que limitan la igualdad inicialmente declarada.

3.º Ciertamente que aún cabe otro enfoque: Si el adoptado plenamente y el hijo legítimo ocupan en la sucesión intestada igual posición por la asimilación establecida en el artículo 179, § 1 pr., serán herederos *ab intestato por partes iguales, sin perjuicio de la legítima del hijo natural reconocido* conforme al artículo 942, que en ese caso será de un sexto. Aplicadas las dos reglas generales de los artículos 942, en relación con el 840, y 179, § 1.º pr., tendríamos que al hijo legítimo le corresponderían dos sextos y medio y al natural otro tanto; pero corrigiendo ese resultado con la regla particular 2.ª del artículo 179, § 1.º, habría que sumar el *sexto* del hijo natural y los *dos sextos y medio* del adoptado y dividirlos por mitad  $(1/6 + 5/12) : 2 = 7/24$ , de modo que a cada uno de los dos corresponderían  $7/24$ , es decir, un sexto y tres cuartos, frente a los dos sextos y medio del hijo legítimo (es decir,  $10/24$ ).

Pero con esa solución: el adoptado plenamente no ocupa la misma posición que el legítimo, y el natural recibe más de la mitad de la legítima larga de éste.

— Supongamos otro caso, éste con testamento y con el concurso de varios hijos legítimos y varios naturales. El testador lega el tercio de libre disposición a su cónyuge viudo, salvando lo que por legítima corresponda a sus tres hijos naturales, e instituye herederos a sus tres hijos legítimos y al adoptado plenamente por partes iguales. Veamos cómo puede aplicarse la voluntad testamentaria a la luz de los textos que regulan las legítimas de las tres clases de hijos concurrentes.

1) Volvamos a poner en primer plano el artículo 179, § 1.º, regla 2.ª y a considerar que deroga los artículos 840 y 942 en cuanto contradigan su regla específica: Tendremos que si los tres hijos legítimos y el adoptado plenamente han de repartirse los dos tercios de legítima larga por partes iguales corresponderá a cada uno un sexto del haber. Pero, como los hijos naturales no pueden recibir menos que el adoptivo, tendremos: en primer lugar, que el cónyuge viudo nada podrá recibir de la parte de libre disposición, pues toda ella quedará absorbida por los hijos naturales; y, en segundo lugar, que aún así no queda cumplida la regla de igualdad que examinamos.

¿Qué haremos para darle cumplimiento?

¿Entender que se pretende que, si el adoptado ha de recibir lo mismo que los hijos legítimos menos favorecidos, igual que aquél debe recibir también cada uno de los naturales, y, por consiguiente, han de repartirse la herencia entre los siete por partes iguales? Pero, en ese caso, los hijos naturales recibirían más del tercio de libre disposición, y cada uno de los legítimos en los dos tercios menos que su parte viril, aun contando al hijo adoptivo, a pesar de no haber mejora alguna. ¿Acaso resulta, pues, no sólo modificado el artículo 808, al incluir al hijo adoptivo en los dos tercios de legítima de los descendientes, sino que incluso es derogado respecto de los hijos naturales reconocidos cuando éstos concurren con el adoptivo? ¿No parece tal vez excesiva esta extensión derogatoria no expresamente ordenada? ¿No parece ilógico que la legítima de los hijos naturales tenga fuerza expansiva respecto a la de los legítimos cuando, con unos y otros, concurre algún adoptado plenamente? ¿Por qué la tiene precisamente en ese caso?

¿Estimar que la particularidad del cuestionado núm. 2 no afecta a los hijos legítimos y sí sólo al adoptivo y a los naturales, y, por ende, que el sexto de aquél y el tercio libre, es decir, la mitad de la herencia se la deben repartir por partes iguales, o sea, a razón de  $3/24$  cada uno? Pero en ese caso los tres naturales recibirían  $9/24$ , es decir, más del tercio de libre disposición, en contra de lo previsto en el artículo 840, que habiendo hijos legítimos, exige que la legítima de los naturales “quepa dentro del tercio de libre disposición”. ¿Ha sido también derogada esta norma para ese supuesto? ¿Es lógico pensar

que, no habiendo ningún adoptado, la legítima de los hijos naturales en concurrencia con legítimos, no puede exceder de un tercio, y que, en cambio, si además concurriera un adoptado plenamente, puede exceder de dicho tercio?

2) Estas razones, o mejor las sinrazones expuestas, pueden aconsejar que volvamos a enfocar si el *no menos* de los naturales puede entenderse como *no más* del adoptivo, y así tendríamos la siguiente solución: Si a cada hijo natural le corresponde por legítima la mitad de lo correspondiente a cada legítimo, y a cada uno de éstos, en nuestro caso, le corresponde un sexto del haber: a cada natural le corresponderá un doceavo (tres doceavos en total, y quedará otro doceavo para el cónyuge viudo legatario de la parte de libre disposición) y, entonces, la legítima del hijo adoptivo se reduciría a un doceavo. Pero, en ese caso, la legítima de los hijos legítimos se tendría que incrementar en otro doceavo, en que habría de reducirse la del adoptivo, y, siendo así, no sólo el adoptado no recibiría tanto como el legítimo menos favorecido, sino que los naturales recibirían menos de la mitad que lo recibido como legítima por los hijos legítimos no mejorados.

3) Aún cabe otra posibilidad, la de enfocar el supuesto prescindiendo inicialmente de la interferencia del adoptado plenamente para luego resolver las consecuencias de su inclusión. Así tendríamos que, primigeniamente: los tres hijos legítimos tendrían que distribuirse dos tercios por partes iguales y el tercero se lo distribuirían por partes iguales los naturales, que así recibirían regularmente la mitad que aquéllos por legítima larga, al no haber mejora para ninguno. Introducido el hijo adoptivo: correspondería un sexto a cada hijo legítimo, otro sexto —es decir, igual porción— al adoptado y un noveno a cada hijo natural. Y para cumplir la regla segunda del artículo 179-§ 1.º sumaríamos la porción del adoptivo y las de los hijos naturales —es decir,  $1/6 + 3/9 = 9/18$ — y dividiendo la suma por partes iguales entre los cuatro, tocaría a cada uno dos dieciocho avos y un cuarto de otro. Pero de ese modo, el adoptado no recibiría tanto como un legítimo, y cada natural recibiría más de la mitad de lo que tocaría a cada uno de los legítimos no mejorados y los tres naturales en conjunto más del tercio de libre disposición.

Los ejemplos podríamos multiplicarlos. Podríamos hacer jugar la mejora y variar el número de los hijos de cada una de las clases en juego. Pero, siempre, el intento de solucionar el problema nos llevaría a semejantes perplejidades. Tal vez lo que ocurre es que chocaremos siempre con un imposible matemático, porque no se puede ser a la vez igual a dos desiguales.

Esto nos hace pensar en que, tal vez, el núm. 2 del artículo 179, § 1, debè entenderse aplicable exclusivamente al supuesto de concurrir adoptados con adopción plena e hijos naturales no habiendo descendientes legítimos. De ser así, en el supuesto de concurrir las tres clases de hijos no se aplicaría el núm. 2, sino exclusivamente el

artículo 840. Pero, aún así se presenta el problema de determinar si en este caso el cómputo de la legítima de los hijos naturales se debe hacer con relación a lo que cada hijo legítimo no mejorado recibe, mermado ya por la concurrencia del adoptado, o con referencia a lo que le habría correspondido sin la concurrencia de éste. Como razón a favor de esta tesis podrá aducirse que así la legítima de los hijos adoptivos no perjudicará a los naturales; pero cabrá replicar que si directamente disminuye la de los legítimos no hay razón para que no pueda disminuir indirectamente la de los naturales, y que sólo con la primera solución se cumplirá lo dispuesto en el artículo 840, § 1.º

### 3. *La exclusión del pacto sucesorio.*

Esta es evidente, pues, si la regulación del pacto sucesorio en la adopción significaba —según dijo la exposición de motivos de la reforma de 1958— “una verdadera excepción a la doctrina del apartado 2.º del artículo 1.271 del Código civil”, la omisión de tal excepción ha de significar el imperio de la regla general en la materia que aquélla había regulado excepcionalmente.

Sólo una observación haremos a esta exclusión, comprensible en la adopción plena al equipararse los hijos adoptivos a los legítimos. La adopción simple ofrece innumerables matices que son difíciles de captar en una norma sucesoria legal; obedece a muy distintas causas y a finalidades muy diversas. Conocemos muchos casos en que madres solteras que no podían atender debidamente a sus hijos consentían la adopción exigiendo al adoptante que otorgara un pacto sucesorio para asegurar al adoptado una porción determinada en la sucesión del adoptante. A la inversa, hemos visto adopciones puramente sentimentales y otras epidérmicas. El pacto sucesorio ofrecía una flexibilidad que permitía adecuar los derechos del adoptado al verdadero contenido y finalidad de la adopción en cada caso.

### 4. *Equiparación al hijo natural del adoptado con adopción simple.*

Conforme al artículo 180, § 3.º, ap. 1.º en la adopción simple: “*El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos.*”

Este precepto plantea la misma cuestión que con la reforma de 1958 se suscitó al relacionar los artículos 179, § 1.º —que en la adopción plena seguía el criterio de equiparar los adoptados plenamente a los hijos naturales— y 840.

La combinación de los artículos 179, § 1.º, en versión 1958, y 840 debía interpretarse en el sentido de considerar al hijo adoptivo *como un hijo natural más*, puesto que el artículo 179 decía que tendrán los mismos derechos, y dado que el módulo puesto a los hijos naturales.

es fijado individualmente, para cada uno, en el artículo 840, § 1.º. E igualmente debía resolverse al coordinar ese mismo párrafo de aquella versión del artículo 179 con los artículos 841 y 842; de modo que la cuarta parte, en concurrencia con ascendientes legítimos y la tercera parte, en concurrencia con otros herederos, debía ser distribuida *per capita* sin distinción entre los adoptados y los hijos naturales y —conforme al artículo 843— con representación de los premuertos por sus respectivos descendientes legítimos por estirpes.

En estos dos supuestos también cabía sostener que los hijos adoptivos tenían derecho a una cuarta o una tercera parte, a distribuir entre ellos caso de ser varios, independientemente de la correspondiente a los hijos naturales o legitimados por concesión, si los hubiere de alguna de estas dos clases o de ambas. Supuestos en los cuales de concurrir también con el cónyuge viudo, parte de la herencia sólo la recibirían unos y otros en nuda propiedad, gravándoles el usufructo de éste a prorrata; con lo cual tendría aplicación el artículo 841, § 2.º, que además debería aplicarse analógicamente al supuesto del artículo 842. Pero no creemos que este criterio fuera el más acertado, por las siguientes razones:

1.º Porque la duda, en último extremo, creemos que debe resolverse, tanto más tratándose de una innovación, en el sentido que en menor grado limite la libre disposición.

2.º Porque sólo con el otro criterio se equiparan hijos naturales y adoptivos, pues con el contrario, según fueran más numerosos unos u otros recibirían menor o mayor porción.

Creemos que debe aplicarse hoy igual criterio al relacionar el nuevo artículo 180, § 3, ap. 1 con los artículos 840, 841 y 842 del Código civil.

Por otra parte puede ocurrir que concurren hijos naturales y adoptados plenamente y simplemente. Si los naturales no han de recibir menos que el adoptado plenamente, y si los adoptados simplemente están equiparados a los naturales, ¿cómo ha de solucionarse esta triple concurrencia que aún puede complicarse más si, además, concurren descendientes legítimos? ¿Debe entenderse que la asimilación del artículo 180, § 3.º, no comprende la norma *segunda* del artículo 179, § 1.º?

##### 5. *Asignación a los adoptantes en la adopción plena de la posición de los padres legítimos y exclusión a éstos de todo derecho sucesorio legal salvo el de reversión del artículo 812 del Código civil.*

En la reforma del año 1958 se equiparó en la adopción plena el adoptante al padre natural. Así concluía el artículo 179, § 1.º, de dicha versión, "... y el adoptante [tendrá] en la sucesión de aquél [del adoptado plenamente] los [derechos] que la Ley concede al padre natural".

La particularidad que respecto éste tenía el adoptante consistía en excluir a los padres legítimos, como resultaba del artículo 179, § 3.º: “Los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia, cuando se dieren las circunstancias expresadas en el artículo 175 para extinguir la adopción.”

Después de la reforma de 1970, debemos distinguir, siempre bajo el supuesto de fallecer el adoptado sin descendencia:

1.º Tratándose de *bienes o derechos adquiridos por donación de sus ascendientes por naturaleza*, tendrá aplicación el artículo 812 del Código civil en caso de fallecer el adoptado sin posteridad, según recuerda el inciso final del último párrafo del artículo 179.

En los recibidos a título *mortis causa* de ascendientes por naturaleza y en los que por ministerio de la ley al adoptado le suceda su adoptante, será de aplicación el artículo 811 del Código civil.

2.º Respecto de los *demás bienes* los adoptantes desplazan a los ascendientes legítimos. Así resulta de los dos párrafos últimos del artículo 179.

Según el § 2.º: “El adoptante ocupará en la sucesión del hijo adoptivo la posición del padre legítimo.”

Y según el § 3.º: “Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 812 del Código.”

Se vislumbra así la posibilidad. —en la que no ha pensado la reforma— de adopciones motivadas por la intención de privar a los ascendientes por naturaleza de sus derechos legitimarios. Es decir, una adopción intencionalmente *no a favor* del adoptado, sino *contra* los ascendientes por naturaleza.

Notemos que, aunque se dice expresamente que los parientes por naturaleza del adoptado plenamente son excluidos de todo derecho de carácter legal a la sucesión de éste, inversamente nada se dice respecto de los derechos del adoptado respecto de sus ascendientes por naturaleza y que, por tanto, debe entenderse que son mantenidos vigentes.

#### 6. Colocación del adoptante en la adopción simple en posición equivalente a la del padre natural.

En la reforma de 1958, en la adopción menos plena, al adoptante no se le concedió derecho legitimario alguno. Estos los conservaron los ascendientes por naturaleza, tanto legítimos como naturales.

La reforma de 1970, en cambio, dispone para la adopción simple; en el ap. final del § 3.º, artículo 180: “El adoptante ocupa en la sucesión del hijo adoptivo una posición equivalente a la del padre natural.”

Pero, en ese caso, ¿queda postpuesto a los ascendientes legítimos en el sentido de que sólo es legitimario a falta de éstos?; ¿concurre con

ellos en cuotas distintas?; ¿se les antepone excluyéndolos pese a que su cuota es más reducida?

No hay precedentes en la legítima de los padres naturales, puesto que jurídicamente no puede haberlos si hay ascendientes legítimos. Parece que, al poder concurrir ascendientes legítimos y padres adoptantes, ambas legítimas deben ser también concurrentes.

¿*Quid* si concurren con el padre o la madre naturales? ¿Posponen éstos a aquéllos, o viceversa?, ¿concurren como legitimarios unos y otros?, ¿en la misma cuota o en otra igual? Nos inclinamos por esta solución que parece avalada por el artículo 180, § 3.º, Código civil, al señalarles una porción "equivalente".

\* \* \*

Diremos, finalmente, que no creemos aplicables a los regímenes civiles forales o especiales las normas sucesorias que la reforma que examinamos ha introducido en esta materia en lo que está regulado por normas especiales de dichas regiones, pues sustituye unos preceptos del Código civil que sólo eran aplicables a las regiones y territorios forales en todo el aspecto personal, pero no en ciertas especialidades sucesorias de la adopción, por lo cual parece que el ámbito de aplicación territorial del nuevo texto debe ser el mismo que tenía el antiguo. Así debemos entender no modificadas las normas de las legítimas de los Derechos forales y especiales, a los que únicamente deben afectar en materia sucesoria las modificaciones que la nueva regulación ha introducido en la sucesión intestada en cuanto respecto de ésta ya se aplicaran los preceptos del Código civil en esta materia, y sin alterar las disposiciones forales específicas, como sucesiones troncales, reversiones, etc.



# VIDA JURIDICA

## II. Notas críticas

### EL RECURSO EN INTERES DE LA LEY Y EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

I. El libro del señor Cremades sobre "El recurso en interés de la ley" (1) ofrece un interés mucho más amplio que el prometido por su título. Ha parecido por ello, a la Redacción de este Anuario, que no correspondería a dicho interés dar cuenta de su publicación en una escueta nota bibliográfica. En él se nos plantea de nuevo, de frente y con valiente crudeza, la "vexata questio" del valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho. A lo largo de su lectura, como era inevitable, dada la trascendencia de lo tratado, han ido naciendo observaciones y reflexiones que se ha creído convendría no callarlas, pues podían servir para destacar mejor el alcance de los problemas que la obra nos plantea.

Por tal razón, después de hacer la reseña del contenido y de señalar la importancia del estudio del señor Cremades, se ha creído podría tener cierta utilidad recoger algunos de los comentarios que suscitan las tesis fundamentales de "El recurso en interés de la Ley".

II. El libro que se reseña tiene el atractivo de haberse enfrentado sin temores con un tema espinoso y difícil; con el mérito, todavía mayor, de haberlo tratado a fondo, desde sus orígenes, en su más honda fundamentación, con adecuado estudio de la doctrina y de la práctica jurisprudencial; y ello, siempre, con rigor científico.

La obra, como indica su título completo, se ha centrado en el estudio de los artículos 185 y siguientes de la Ley Procesal Laboral. Se ha desarrollado en tres secciones principales. La primera, después del "Planteamiento" del trabajo, se denomina "Encuadramiento del recurso en interés de la Ley en el ordenamiento jurídico español". Después se consideran los "Caracteres del recurso en interés de la Ley". Terminándose con el examen más en concreto del "Régimen jurídico del recurso en interés de la Ley".

Como antes se ha indicado, el tema del libro reseñado no se limita al campo estricto de los especialistas del Derecho Laboral. Al tratar de fundamentarlo, se plantean y discuten dos problemas que vienen ocupando a especialistas de otras ramas del Derecho. Uno, el de la justifi-

---

(1) CREMADES (Bernardo María): *El recurso de casación en interés de la Ley. Estudio de su regulación en los artículos 185 y siguientes de la Ley Procesal Laboral. Prólogo del Prof. ALONSO OLEA.* Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1969. 183 págs. + IX pág.; en 8.º

cación de la figura del recurso en interés de la Ley. Otro, de importancia más general, el del valor de la doctrina del Tribunal Supremo como fuente del derecho. Ambos examinados por el autor con buen tino y aportando adecuada información. Aunque sus conclusiones, como enseña se indica, puedan originar muy graves dudas.

III. El recurso en interés de la ley ofrece en nuestro Derecho un carácter híbrido y hasta contradictorio. Mediante su ejercicio puede resultar que el Tribunal Supremo llegue a casar una sentencia por infracción de ley o de doctrina legal y que esa sentencia casada o anulada ("cassum facere", "cassata"), a pesar de ello, quede con pleno vigor de cosa juzgada. Esta extraña figura, recogida en la vigente Ley procesal civil (art. 1.782), ha visto ampliado su campo de aplicación, al haberse utilizado en una serie de leyes especiales (art. 134 LAU; artículo 52 Reg. A. R.; arts. 185-187 L. P. L.; art. 101 L. J. Cont. A.).

El autor del libro reseñado estudia el recurso en interés de la Ley bien consciente de las dudas, de las críticas y hasta del desconcierto que ha producido en la doctrina.

No disimula que puede originar "situaciones enormemente dañosas e incluso vejatorias para la parte que perdió en suplicación", y recoge la frase del libro de Rodríguez-Aguilera y Perú, quienes dicen que, dándose lugar al recurso, la sentencia en casación puede resultar "en escaño para la víctima de la sentencia recurrida". Mas frente a esta consideración alega que no pueden ser "minusvalorados los intereses de la Sociedad al mantenimiento de la seguridad jurídica". Concluyendo que la polémica entre partidarios y contrarios al recurso en interés de la Ley se puede concretar en la del enfrentamiento de dos principios, el de la justicia y el de la seguridad. Y entonces nuestro autor se inclina decididamente en favor del mantenimiento del recurso en interés de la Ley, atendiendo a su finalidad, "la de garantizar la unidad jurisdiccional".

El contraste entre las dos tesis, tal y como las presenta el autor, resulta esquemática en demasía. Quizá convenga recordar el origen y el porqué se crea y mantiene tal recurso. Nace, parece, por una razón política más potente que la de "formar jurisprudencia" (2); por motivos de desconfianza hacia el poder judicial; en Francia, por parte del legislador; en España, los Decretos de 1931 manifiestan la del Gobierno. El Comisario del Gobierno francés, el Procurador General y el Ministerio Fiscal, pueden funcionar como instrumentos del Gobierno, para obstaculizar "in extremis" el triunfo de una doctrina contraria a la gubernamental o para procurar se establezca una doctrina más conforme que la antigua a las nuevas directrices políticas. Carácter del

---

(2) Se ha dicho: "El recurso de casación en interés de la Ley es una derivación, en cierto modo lógica, del carácter político y no jurisdiccional que tuvo el recurso de casación en sus orígenes", GUASP, *Derecho procesal civil*, ed. 1956, p. 1592.

intervencionismo gubernativo que no se borra por el hecho de que la decisión final se deje en manos del Más Alto Tribunal (3).

Mas, la causa mayor de censura respecto del recurso en interés de la Ley, es de otra naturaleza. Reside en el escándalo. En el natural e irremediable desprestigio que origina, de los Tribunales, del Derecho y de la Justicia, a los ojos del hombre normal y corriente; en el general desconcierto social que necesariamente habría originado, si no hubiera estado palado —hasta ahora— por su práctico desuso. Piénsese en el efecto que ha de producir en las personas sin prejuicios, el que después que el Tribunal Más Alto del Estado ha declarado solemnemente que una sentencia ha sido dictada contra la Ley, que es fundamentalmente injusta, no sólo no se remedie tal entuerto sino que, por el contrario, el fallo declarado ilícito se imponga "vi militari" y se le invista de la santidad de la cosa juzgada (4).

La mínima utilización del recurso en interés de la Ley explica que las censuras dirigidas contra su mantenimiento, no hayan salido del círculo de los especialistas de Derecho procesal. Ahora, es de preveer que habrán de generalizarse, en cuanto sea más corriente su aplicación, como ya está sucediendo en el procedimiento laboral.

El resultado de que la casación resulte prácticamente ineficaz respecto de la sentencia recurrida, al no alterarse la ejecutoria y no afectar al derecho de las partes, se ha pretendido justificar o excusar, señalando que la parte que resultó vencida por la sentencia, pudiendo recurrir no lo hizo; abstención que se ha pensado era equiparable al allanamiento y de valor parecido al compromiso (tácito) entre las partes. Mas, ni siquiera este argumento puede esgrimirse respecto del recurso en interés de la Ley en el procedimiento laboral; pues, como se recordará, al particular normalmente le está cerrada la posibilidad de recurrir en casación contra las sentencias del Tribunal Central del Trabajo (arts. 166 y 185 L. P. L.). De este modo, las personas menos afortunadas y las clases económicamente más débiles, pueden sentirse víctimas por partida doble, por el fallo que les ha negado justicia y por la sentencia que reconociendo la injusticia no le pone remedio.

Las observaciones hechas, no creo sean elucubraciones demagógicas. Desgraciadamente, la práctica laboral nos ofrece ya casos de escándalo.

---

(3) Comp. las discusiones habidas en el momento de la reforma de la Ley procesal civil italiana (art. 363) y las consideraciones de PLAZA, *La casación-civil*, 1944, págs. 447-452.

(4) Lo extraño del resultado a que puede llegarse con la utilización del recurso en interés de la Ley se extrema, cuando se trata del derecho "del Ministerio Fiscal a interponer recurso contra la sentencia que se haya dictado conforme a sus pedimentos". Se nos enseña, que entonces, si la sentencia ha sido dada sin fundamento jurídico, el Ministerio Fiscal debe interponer el recurso en interés de la Ley, y si no lo hace "incumple crasamente su cometido". PRIETO-CASTRO, *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, 1964, I, págs. 30-32. De modo, que la sentencia obtenida en virtud de lo pedido por la representación del Estado y consagrada como cosa juzgada, podrá ser declarada "contra legem" a petición de ese mismo representante del Estado.

El Autor, en su cuidado estudio de la jurisprudencia, cita algunos. Como aquel de la obrera a la que el Tribunal Central estimara que había cometido fraude e incurrido, por tanto, en causa de despido (artículo 77 e), L. C. T.); interpuesto recurso en interés de la Ley, fue casada la Sentencia del Tribunal Central, por considerar el Tribunal Supremo que no se dan unas circunstancias de las que se derive fraude, deslealtad o abuso de confianza, siendo el hecho incriminado que la obrera se había apropiado material (unas felpas) de la empresa "sin ánimo de lucro alguno, para no hacerse daño en los pies y seguir trabajando" (S. T. S. Soc. 4 junio 1956). El Tribunal Supremo declara solemnemente que no había causa de despido y, ello no obstante, la obrera queda jurídicamente bien despedida. Algo semejante ocurre en el supuesto algo más complejo de la S. T. S., Soc. de 7 de enero de 1966, conforme a la que el obrero inválido por accidente, queda injustamente sin indemnización, por el juego de las sentencias del Tribunal Central y del Tribunal Supremo (5).

En el caso de que se mantenga en nuestra legislación el recurso en interés de la Ley, sin que la casación pueda afectar a la sentencia recurrida, parece imprescindible encontrar un camino legal para evitar quede sin remedio el daño causado por una sentencia declarada ilegal. El Estado no puede, sin contradecir su función fundamental, la de hacer justicia, dejar sin restañar el perjuicio causado por uno de sus órganos, y que otro más elevado ha declarado solemnemente estar basado en una sentencia contra la Ley. Dada tal situación, parece que el particular, como lesionado en sus bienes y derechos, tendría la posibilidad de pedir que el Estado le indemnice; ya que la lesión sufrida es la consecuencia del funcionamiento de un servicio público (art. 40, L. Ad. del E.).

¿Tal remedio sería posible, conforme a la doctrina del Derecho administrativo? ¿Sería equitativo aumentar el calvario de la víctima, con otro proceso, y éste contra la Administración?

Posiblemente, el legislador al fin venga a suprimir tantas dificultades, abandonando el recurso en interés de la Ley. Así se ha propuesto, se nos dice, en el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil" de 1966. Medida que autorizadamente se comenta, diciendo: "Estimamos acertada esta omisión; el recurso de casación en interés de la Ley obedeció a la necesidad de vigilar a los Tribunales por parte de los demás poderes del Estado. Hoy día, en España, esto no es necesario. Que el Ministerio Fiscal puede interponer recurso y ser parte en ellos, está bien; pero por vía ordinaria" (6).

IV. El Autor se ocupa amplia y detalladamente del valor de la Jurisprudencia como fuente del Derecho; lo que parece natural y hasta im-

---

(5) Otros casos en JIMÉNEZ ASENJO y MORENO MORENO, *Comentarios al Procedimiento laboral español*, II, págs. 267-268.

(6) FAIRÉN, *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II. *Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, pág. 726.

prescindible, dado el enfoque de la obra. La valoración positiva, la defensa de la figura del recurso en interés de la Ley, lleva implícita una supervaloración de la Jurisprudencia. En efecto, la anómala y antinatural eficacia del dicho recurso, cuando lleva a la casación de la sentencia del inferior y, sin embargo, se mantiene el valor de cosa juzgada para esta sentencia, sólo se explica o justifica exaltando la importancia de establecer una doctrina jurisprudencial uniforme y vinculante; a la que se considera merecedora de que en su honor se sacrifiquen los intereses de los particulares y hasta la estima social de la Administración de la Justicia.

La tendencia doctrinal favorable a ver la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores como auténtica o formal fuente del Derecho, es bien conocida, como lo son también las críticas y discusiones que ella ha originado (7). Conforme al carácter de esta nota, no habrá que detenerse en ellas, limitándose a glosar algunas afirmaciones del libro reseñado.

En la Ley procesal laboral ha podido verse un nuevo argumento en favor del carácter de fuente vinculante de la Jurisprudencia. Dicha Ley, al establecer el recurso en interés de la Ley, le ha conferido una solemnidad extraordinaria, pues ha de ser resuelto por la Sala de lo Social en pleno (art. 187). Ello puede explicar que el profesor Alonso Olea, en la magistral lección ofrecida en las palabras que prologan el libro reseñado, nos diga que el Tribunal Supremo, a través de dicho recurso, "asume funciones cuasi normativas", de modo que "una sola sentencia dilucida la cuestión de una vez para siempre", conteniendo "un mandato de que la misma sea aplicada por los Tribunales, incluso por el propio que la establece", "ya que de otro modo no se ve cuales puedan ser los "efectos jurisprudenciales" cuya consecución está en la esencia misma del recurso en interés de la Ley" (págs. VII y VIII).

La tesis del maestro Alonso Olea se ha centrado en el Derecho laboral. La concreta en estas afirmaciones: "Si la sentencia dictada por el Tribunal Supremo es una Sentencia normativa, es obligada la conclusión de que nos hallamos ante una nueva fuente del Derecho del Trabajo, con todo lo que ello implica, como excepción "ex lege", ante todo, del principio tradicional que la Ley orgánica expresara, prohibiendo a los jueces y tribunales "dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las leyes" (pág. IX) (8).

---

(7) CASTRO, *Derecho Civil de España*, 1955, págs. 554-571; *Compendio de Derecho civil*, 1968, pág. 133-138. Recientemente, los notables estudios de LALAGUNA, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, 1970 (sobre este libro puede verse en este ANUARIO la nota bibliográfica de FUENMAYOR, XII, 4.º, octubre-diciembre, 1969, págs. 905-908), y de ALBALADEJO, *La Jurisprudencia*, R. D. Pr., junio, 1970, págs. 544-555.

(8) Como se observará, lo así mantenido sobre el valor normativo de la Jurisprudencia, quedaría doblemente limitado, pues se considera vinculante tan sólo, y con carácter excepcional, la doctrina contenida en las sentencias de la Sala de lo Social, resolviendo un recurso de casación en interés de la Ley. Esta opinión tiene la ventaja de que a la doctrina jurisprudencial no se le atribuye

El criterio de Cremades, por el contrario, parece ser maximalista y generalizador; apoyándose en ciertas expresiones "atrevidas" de los considerandos de sentencias de las Salas de lo Civil y de lo Social, entendiéndoles carácter normativo las doctrinas de todas las sentencias del Tribunal Supremo de dichas Salas (9). Creyendo encontrar apoyo para afirmarlo, en que "así lo ha entendido el legislador actual, al remitir a las Cortes el Proyecto de Ley para reforma del Título preliminar del Código civil" (pág. 131 y sigs., especialmente, pág. 134) (10).

De este modo, el tema se ha sacado del campo especial del Derecho del Trabajo y cobra la importancia básica de una cuestión de Derecho Constitucional, la de la derogación del artículo 4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Conviene, antes de continuar, tener presente que la Ley Orgánica del Poder Judicial no innova aquí nada, sino que viene a recoger el principio constitucional del equilibrio entre los Poderes del Estado. A los Jueces y Tribunales "corresponderá *exclusivamente*", "la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales" (art. 1.º); con la correspondiente o correlativa cortapisa de que "no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior" (art. 2.º); siendo considerada "consecuencia de lo ordenado en el artículo que precede", la terminante prohibición antes mencionada, la de no poder dictar *disposiciones de carácter general* acerca de la *aplicación o interpretación* de las leyes (art. 4.º, par. 1.º).

El autor recoge la tesis extremista del maestro d'Ors, de que "Derecho es lo que aprueban los jueces" (11), aunque no parece haberla adoptado. Lo que es razonable. El hecho que nuestro admirado romanista gusta destacar, el de que no cabe recurso contra lo decidido por el Tribunal Supremo, no es base suficiente para concluir que los Magistrados de las Salas del Tribunal Supremo sean "legibus solutos". La vieja y siempre revivida "aporia" sobre "quien vigila los vigilantes", al llegar a los órganos supremos, está aquí resuelta precisamente por el juego de los Poderes políticos. El Tribunal, abiertamente rebelde al

---

entonces efecto retroactivo; de lo que se acusa a los autores que sostienen que la doctrina del Tribunal Supremo tiene siempre valor normativo. La doctrina en cuya base se resuelve un recurso en interés de la Ley no se aplicará en los procesos entablados antes de su "promulgación" (dada la ineficacia de la casación respecto al caso fallado por el Tribunal inferior), sino únicamente a los nuevos casos que se vayan presentando.

(9) En parcial abono de la tesis extensiva de Cremades, se podría aducir que el art. 1.782 L.E.C. señala como finalidad del recurso de casación en interés de la Ley la de "formar jurisprudencia". Y no parece que el mismo se haya establecido para cosa distinta en la Ley Procesal Laboral, al decir que el dicho recurso se da a "efectos jurisprudenciales".

(10) Este argumento ha perdido toda su fuerza con la retirada, al parecer definitiva, del poco afortunado Proyecto, objeto de las generales críticas de la doctrina.

(11) *De la "prudencia iuris" a la "jurisprudencia" del Tribunal Supremo*, I. J., 1947, p. 74; *Principios para una teoría realista del Derecho*, A. F. D., I (1953), p. 74; *Una introducción al estudio de Derecho*, 1963, p. 110.

mandato legal, responderá política y penalmente ante el órgano que represente la voluntad popular, el Parlamento o el Jefe del Estado; posiblemente delante de un nuevo Tribunal nombrado al efecto (12).

Dejando de lado la doctrina legal "contra legem", como no aceptada, el autor afirma que la doctrina legal tiene eficacia normativa cuando es "secundum legem" y sobre todo cuando es "praeter legem".

De esta premisa se sacarán las dos siguientes conclusiones. La primera y más inmediata, la de que la tal doctrina, vincula no sólo a los Tribunales inferiores, sino que liga, incluso, al Tribunal Supremo (páginas 125-126; págs. 133-134). La segunda, y de gravedad suma, la admisión de la eventual responsabilidad de los jueces "a quo", que dejen de aplicar la doctrina legal (13); responsabilidad que para el autor se extiende a la penal, a la civil y a la disciplinaria (págs. 138-143).

Bastará lo referido para observar que el autor plantea de cara y hasta el fondo la cuestión del valor de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico. Como es natural, no la estudia en sus muy variados y complejos aspectos (14); pero, eso sí, sus afirmaciones, partiendo del valor normativo de la jurisprudencia, son más directas, lógicas y atrevidas que las sostenidas generalmente en la doctrina. Ellas han sido la primera o determinante razón de estas notas.

Antes de encararse con y examinar en detalle las citadas aserciones del autor, parece inevitable tratar de la cuestión previa que se nos ha planteado. ¿La Ley Procesal Laboral, las Leyes o normas procesales civiles han derogado el artículo 4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial? Para contestarla habrá que tomar en consideración que los artículos 1.º al 4.º de la Ley Orgánica tienen una categoría superior a la de las Leyes ordinarias; pues son el desarrollo lógico del principio político fundamental de la estricta separación de Poderes, que fue recogido en las sucesivas Constituciones y que se ha mantenido, respecto al Poder judicial, en la legislación vigente (art. 17 F. E., artículos 26 y 28 L. Adm. E.; art. 31 L. O. E.). Por ello, no es de extrañar que al publicarse las dos sucesivas Leyes de Enjuiciamiento Civil, nadie pensase que, al establecerse el recurso de casación por in-

---

(12) Las desviaciones menores de la doctrina jurisprudencial, al no interpretar la Ley conforme a su finalidad y ello sin atender al criterio más autorizado de los autores, han sido corregidas prudentemente mediante una nueva ley clara y terminante; así, p. ej., respecto a la propiedad horizontal, cláusula trigo en los contratos de arrendamientos rústicos, sucesión abintestato en los territorios de Derecho foral, sucesión en el arrendamiento de los locales de negocios. En general, la formación profesional de los Jueces es la más segura garantía de su respeto hacia las leyes.

(13) Ha de advertirse que se sigue aquí la terminología del Autor; es decir, se emplea el término "doctrina legal" en el sentido de "doctrina jurisprudencial", para no separarse de lo dicho por el Autor en los textos que se recogen.

(14) Así, p. ej., no se ocupa del discutido significado del término "doctrina legal" en la L.E.C. y de su relación con el valor normativo de la jurisprudencia; comp. CASTRO, *Derecho civil de España*, I, pág. 559 y sig., *Compendio*, página 135 y sig.; ALBALADEJO, *La jurisprudencia*, pág. 553 y sig.; LALAGUNA, *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, pág. 50 y sig.

fracción de Ley y de doctrina legal, o el recurso de casación en interés de la Ley, se había derogado el artículo 4.º de la Ley Orgánica. ¿Qué novedad aporta la Ley Procesal Laboral para entender derogado dicho artículo 4.º?

El legislador de 1870, con previsor cuidado, procuró cerrar el camino a posibles interpretaciones laxas de leyes posteriores; para evitar tanto el que con ellas se pretendiera disminuir como aumentar el ámbito de poder de la Judicatura. Dispone que la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponderá *exclusivamente* a los Jueces y Tribunales (artículo 2.º); y, correlativamente, establece que éstos no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior y las que esta Ley u otras les señalen *expresamente* (art. 3.º). Una interpretación sistemática de las nuevas leyes, de la Ley Procesal Laboral y demás leyes procesales, no puede dejar de lado lo así dispuesto.

No parece permitido, por tanto, suponer que cualquier Ley ha derogado tácitamente el artículo 4.º. Para concluir que existe tal derogación haría falta mostrar que la ley procesal civil o laboral ha dispuesto *expresamente* que los Jueces y Tribunales han recibido la nueva y extraordinaria potestad de dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes (15).

No habrá que detenerse en considerar las otras razones por las que buena parte de los autores niega que la doctrina del Tribunal Supremo tenga la condición de fuente formal del Derecho (16), ya que no han sido tratadas en el libro reseñado. Bastará al reducido objeto de este comentario, ir glosando sus afirmaciones concretas, antes citadas.

Se nos dice que el Tribunal Supremo queda ligado, él mismo, por la doctrina que haya ido estableciendo en sus sentencias. En dos sentencias, al menos, en los recursos de casación ordinarios; en una sola, cuando se trata de recurso de casación en interés de la Ley. Aserto que no parece admisible, pues está contradicho por la misma doctrina jurisprudencial. ¿Cómo entender vinculado al Tribunal Supremo en tales casos, cuando la práctica del mismo Tribunal (su "doctrina"), muestra lo contrario? En efecto, la Sala de lo Social repetidamente ha enseñado que "la jurisprudencia social es móvil y evolutiva como las leyes que interpreta, recogiendo no sólo los avances legislativos, sino también los progresos de la ciencia y los afanes sociales del momento" (17). La Sala de lo Civil, por su parte, ha dicho que la jurisprudencia "no es estática, tiene que ser dinámica" (18), que, a veces, es vacilante, que puede y debe cambiar, con arreglo a criterios más progresivos (19).

(15) Lo que ha de decirse lo mismo respecto de la doctrina sentada en los recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal, que de la establecida en los recursos de casación en interés de la Ley.

(16) Pueden verse en las obras citadas en la nota 7.ª.

(17) S. 3 junio 1965; siguiendo a S. 9 junio 1962.

(18) S. 21 abril 1926.

(19) P. cj., S. 10 julio 1928; 26 febrero 1956; 30 mayo 1956; 2 mayo 1959; 19 julio 1965; 24 febrero 1966; 19 abril 1969; 22 mayo 1969; 13 junio 1970.

Variaciones de la doctrina, destacadas unas veces, otras sin mencionarse siquiera la existencia de la anterior contraria casi secular doctrina, bruscamente, y con sorpresa de los especialistas en la materia (20).

Este proceder de nuestro Tribunal Supremo es plausible, por razones jurídicas y también sociológicas. No debe rehuir la alta misión de orientador de la práctica jurídica, para la siempre mejor aplicación del Derecho y procede prudentemente al no cargarse con el peso muerto de los pasados errores reconocidos y con el de las teorías ya superadas (21).

Más nueva y más peligrosa parece la tesis del autor, conforme a la que Jueces y Magistrados habrán de responder disciplinaria, civil y penalmente en el supuesto de que las sentencias por ellos dictadas no se ajustasen a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. Ella contraría el principio del respeto a la independencia de Jueces y Magistrados y no se compecede con lo establecido en las disposiciones legales sancionadoras.

El Código penal, en su artículo 354, dice que: "el Juez que a sabiendas dictare sentencia o resolución *definitiva injustas*", incurrirá en las penas que señala. Texto que implica que para la existencia de tal delito se requieren, aparte de la injusticia y del carácter definitivo, la existencia del dolo penal. El artículo 355 considera incurso en la pena de inhabilitación especial: "El Juez que por *negligencia* o *ignorancia* inexcusable dictara sentencia *manifiestamente injusta*."

---

(20) Puede citarse como expresivo ejemplo la S. T. S. de 28 de junio de 1968; sobre ella, PUIG SALELLAS, *Notas sobre la capacidad patrimonial de la mujer casada catalana*. La Notaría. Bol. Inf. núm. 2.º, julio-diciembre 1968, página 12 y sig., Díez DEL CORRAL, *El Derecho foral como supletorio del Derecho Mercantil*, en este ANUARIO, XXII-3 (julio-septiembre), 1969, pág. 692 y sig.; RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, 1969, I, págs. 399-404; CASTRO, *El término Derecho común en el Código de Comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo*, en este ANUARIO, XXII-4 (octubre-diciembre 1969), pág. 839 y sigs. Respecto a este último trabajo, debo decir que por mi imperdonable olvido no se cita el importante estudio de CONDOMINES, *El problema de la libre disposición de los bienes parafernales por la mujer catalana en los contratos bancarios*, en este ANUARIO, XV-1 (enero-marzo), 1962, pág. 19 y sig., "in toto", en especial págs. 20, 25 y 30.

(21) "El papel otorgado al Tribunal Supremo por el legislador es el de modelo en la función de aplicar las leyes, al servicio de leyes, costumbres y principios generales, no para que sirva de amparo a la obstinación y a la rutina, a pretexto de mantener la uniformidad de la jurisprudencia. Este criterio es el más adecuado a la dignidad del más alto Tribunal de la Nación, al no encadenarlo a sus propios e inevitables errores, y el más respetuoso a la justicia y a la buena política, permitiendo todas las rectificaciones que aconseje la prudencia", CASTRO, *Derecho civil de España*, I, págs. 568-569.

"Cuando se niega a la jurisprudencia el valor de fuente de Derecho, incluso de fuente indirecta, no se trata de ceder al prurito de que sólo las fuentes formales dicen lo que es Derecho sino de respetar la libertad de la jurisprudencia en el dinamismo de la interpretación". LALAGUNA, *loc. cit.*, pág. 143.

"Será insensato pretender que la equivocación que el Tribunal Supremo cometió al juzgar un caso pasado, le obligase en los futuros a seguir diciendo lo mismo", ALBADALEJO, *loc. cit.* pág. 598, nota 4.

Los dos preceptos referidos tienen una nota común y fundamental, la de la injusticia. El carácter estricto de la interpretación penal y la terminología empleada por la Ley Orgánica y por la de Enjuiciamiento civil (22), concordantes, inclinan a pensar que se refieren siempre a la cometida mediante la directa y clara infracción de un precepto terminante; injusticia que no aparece se haya dado cuando una sentencia se desvía de una doctrina jurisprudencial, opinión autorizada, pero discutible y variable.

Que el Juez se aparte "a sabiendas" de la doctrina jurisprudencial no implica dolo penal; pues el "a sabiendas" se refiere a la conciencia de estar cometiendo una injusticia. Tampoco comete injusticia por "negligencia o ignorancia inexcusable" el Juez que cuidadosamente y de modo razonado o razonable se aparte de la doctrina contenida en una (23) o en varias sentencias.

Si se aceptara la opinión del Autor, parece que habría de concluirse que comete el delito de prevaricación el Juez o Magistrados que dicten sentencia definitiva (supuesto del recurso en interés de la Ley) o no definitiva (recurrible por infracción de ley o doctrina legal), en todo caso de haber fallado de modo distinto al de la doctrina legal existente en el momento de sentenciar; incluso en el supuesto de que luego el Tribunal Supremo no diese lugar al recurso, por considerar que debe cambiar su doctrina, sea para atenerse a los progresos de la ciencia, para atender nuevas circunstancias sociales y hasta por haberse convencido por los razonamientos de la sentencia recurrida; de la dictada por los Jueces o Magistrados que se acusan o condenan por prevaricación.

La responsabilidad civil en que pueden incurrir los Jueces y Magistrados, según está establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 260) y en la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 903), nace cuando en el desempeño de sus funciones "infrinjan *las leyes* por negligencia o ignorancia inexcusable". En el texto, de idéntica redacción en ambas normas, no se menciona la doctrina legal o jurisprudencial. Tal silencio no cabe achacarlo a descuido del legislador ni a que éste pensase quedaba incluida la "doctrina legal" o jurisprudencial dentro del término "las leyes"; para convencerse de ello basta comparar la meticulosidad con la que la Ley de Enjuiciamiento civil menciona al lado de la ley a la doctrina legal (comp., p. ej., arts. 1.687, 1.688, 1.691, 1.692, 1.694, 1.699, 1.700, 1.720, 1.722, 1.729, núms. 4.º, 5.º y 10). Dado que además las disposiciones sancionadoras, conforme a la doctrina jurisprudencial, han de interpretarse de modo estricto (24), parece ineludible concluir que la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados tiene como su-

(22) La que se cita seguidamente en el texto. Véase también lo dicho en la nota 25.

(23) El Autor sostiene que la doctrina contenida en sentencia dada en un recurso de casación en interés de la ley, queda fijada por una sola sentencia.

(24) Así, por ej., S. 17 feb. 1928; 28 y 29 sep. 1942; 15 dic. 1943; 6 diciembre 1946; 29 oct. 1964, y 27 ab. 1970.

puesto la infracción de disposiciones legales y no el mero dejar de seguir una doctrina jurisprudencial (25).

Más grave y menos aceptable resulta la idea de que Jueces y Magistrados puedan ser corregidos disciplinariamente, al no atender en sus fallos la doctrina jurisprudencial estimada vigente, por considerarse que, con ello, son "negligentes en el cumplimiento de sus deberes" (art. 734, núm. 4.º L. O. P. J.). La negligencia aquí considerada es la incuria, abandono, descuido o desatención respecto al procedimiento y demás deberes profesionales, pero no se puede referir a la fundamentación de la sentencia; negligencia en su caso ya sancionada en la Ley penal. Sobre todo, sería destruir la independencia judicial el que se permitiera corregir disciplinariamente a Jueces y Magistrados, por entender la Superioridad que en sus fallos se habían interpretado torcidamente las leyes o no se había aplicado debidamente una doctrina jurisprudencial.

Frente a lo sostenido por el autor, parece indudable que "la eventual responsabilidad de los Jueces "a quo", por no haber seguido en sus fallos una doctrina jurisprudencial, se reduce lisa y llanamente a que contra la sentencia por ellos dictada puede darse lugar al recurso de casación. También, en casos excepcionales de susceptibilidad, podrán ser objeto de reproches en el texto de la sentencia de casación, por no atenerse a lo que el Tribunal Supremo considera doctrina consagrada (26). Mas ello es suerte que puede correr cualquier resolución judicial, contra la que haya posibilidad de recurrir, cuando el Tribunal Superior estima inadecuada la aplicación o interpretación de normas o doctrinas (27).

Como siempre que se trata del valor de la Jurisprudencia de los Tribunales, queda flotando la pregunta: ¿dejando sin especial sanción la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, se le niega todo valor jurídico? Esta cuestión ha podido contestarse, refiriéndose al valor jurídico de la "auctoritas". Las consideraciones de las sentencias del Tribunal Supremo están avaladas por la alta dignidad de sus componentes y por el hecho de su general acierto y prudencia; lo que en sí mismo les otorga fuerza inmanente de orientación y guía en la esfera toda

---

(25) La interpretación preconizada, que excluye de las causas de responsabilidad civil el no atenerse a la doctrina jurisprudencial, supuesto y sanción que son de menor gravedad que los de la responsabilidad criminal, refuerza la tesis de que no incurre en el delito de prevaricación el Juez o Magistrado que deja de aplicar una doctrina jurisprudencial.

(26) En la S. T. S. de 1 febrero 1958, quizá la más dura al respecto, se califica de "atrevida" la apreciación de la sentencia recurrida (que se separaba de la doctrina del T. S., generalmente censurada, sobre la sucesión abintestato en territorios de Derecho foral); pero también en ella se reconoce que "la doctrina jurisprudencial" no es que sea absolutamente inalterable, aunque sí que es ineludible mantenerla y obligado acatarla en tanto las circunstancias del vivir, un inequívoco error a una disposición legislativa aconsejen o impongan la procedente rectificación".

(27) Sobre la cuestión: ¿Vincula la jurisprudencia a los Tribunales inferiores?, habrá de leerse con provecho lo que dice ALBALADEJO, loc. cit., páginas 551 y 552.

de la aplicación e interpretación del Derecho; cuya autoridad está enérgicamente potenciada por el hecho de no darse recurso frente a sus decisiones y por el valor formal de que el recurso de casación puede fundarse en la infracción de doctrina legal (28).

Para terminar estas consideraciones, nada mejor que reproducir las siguientes palabras: "el Tribunal Supremo es el órgano más elevado de expresión del Derecho, emitido como convicción de juricidad, como juicio racional, que en el campo de la razón tiene un rango más excelso que el mero producto de la voluntad"; "cuando más convenzan los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo mayor será su prestigio, que ha de basarse en una superioridad racional y no en la alegación de su poder decisivo resultante de su situación orgánica" (29).

F. DE C.

---

(28) Véase también lo dicho por LALAGUNA, loc. cit., págs. 152-153 y por ALBALADEJO, loc. cit., pág. 554.

(29) VALLET DE GOYTISOLO, *Glosas al párrafo 3.º del artículo 10 del Código civil*, en este ANUARIO, XII, 2.º (abril-junio), 1959, págs. 575-576, nota 1; comentando críticamente la antes citada S. T. S. de 1 de febrero de 1958.

La doctrina antigua no era distinta. ESCRICHE, después de señalar que las S. T. S. son autorizado e indispensable precedente para la uniformidad de la jurisprudencia, cuida de precisar: "pero sus determinaciones no pueden imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de casación, a los que por razón de oficio tienen el deber de consultarlos y aplicarlos"; más "sin embargo dichas sentencias cuando forma jurisprudencia por su repetición en el mismo sentido, en casos idénticos, tienen grande autoridad", *Diccionario, voz Jurisprudencia*, pág. 832.

En los países de "common law", no obstante, el conservadurismo de la doctrina, desde las duras críticas de BENTHAM, se viene poniendo en duda que el valor vinculante de la jurisprudencia sirva a la seguridad jurídica y a la buena administración de la justicia, y ello, en serio y en broma. En las reuniones de letrados: "brindemos por la noble incertidumbre de nuestra señora la "common law". La frase tan repetida: "cuando un médico comete un error, lo entierra; cuando lo comete un Juez, será la ley del país".

## II. DICTAMENES

### **DICTAMEN sobre «Comunidad incidental de la plantación efectuada por un tercero en monte comunal»**

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS  
Catedrático de Derecho Civil

El Ayuntamiento de F., somete al dictamen del Letrado que suscribe, la situación creada por la constitución, según se pretende, de una comunidad incidental sobre la plantación efectuada por un tercero en monte comunal, situación que ha llegado a configurarse en virtud de los siguientes,

#### ANTECEDENTES

1.º El Ayuntamiento de F., es propietario, desde tiempo inmemorial, del Monte "Dehesa" y "Rupila", sito al lugar de "Cohicillos", del término municipal de F. y con una extensión de novecientas once hectáreas, de cabida: de las cuales, trescientas cincuenta se hallan plantadas de eucaliptus y pinos en concierto con el Patrimonio Forestal del Estado. Dicha finca figura en el inventario del Patrimonio Municipal, con el carácter de bienes comunales, hallándose catalogada, en el de Montes de Utilidad Pública, al número 356 de la Provincia de T. y cuyo deslinde fue aprobado con fecha 21 de febrero de 1931 y, asimismo, inscrita en el Registro de la Propiedad de S. y su Partido, a favor del expresado Ayuntamiento, al folio 191 del tomo 722 general del Archivo moderno, libro 41 del Ayuntamiento de F., finca número 4.987, libre de cargas y sin que el asiento presente contradicción alguna.

2.º Por otra parte, y, sin que conste en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública enclave alguno a favor de particulares, en relación con la finca anteriormente descrita, "Explotaciones F. y P., S. A.", pretende ser propietaria de una parcela incluida en el citado monte comunal.

Dicha parcela constituye la aportación social que hizo a la entidad citada, doña J. L. H., con fecha 3 de agosto de 1950, que a su vez la había adquirido, a título de compraventa, de don A. R. G. y éste a su vez, a título oneroso, de don S. L. Z., don T. P. P. y don P. V. M. Ahora bien, como don A. R. G., carecía de título escrito, al adquirir doña J. L. H., de éste, mediante escritura pública, por acta de notoriedad, acreditó que era dueña de la finca e inmatriculó ésta al amparo del art. 205 de la Ley Hipotecaria. Constando inscrita, en la actualidad, como segunda inscripción a favor de "Explotaciones F. y P., S. A.", en el Registro de la Propiedad de S., al folio 208 del tomo 643 general del Archivo moderno, libro 38 del Ayuntamiento de F., finca 4.574, libre de cargas y sin contradicción alguna.

3.º La explicación de esta doble inmatriculación se halla en que, durante

los años 1933 y 1934, varios vecinos de F. solicitaron del Ayuntamiento la concesión de terrenos en el mencionado monte, a lo que se accedió mediante el expediente correspondiente, aprobado por dicha Corporación al amparo de la Orden del Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio de 22 de octubre de 1932, siendo de uno de aquéllos de los que dice haber adquirido don A. R. G., que a su vez transmite a doña J. L. H., que es la que aporta la parcela citada, en el apartado anterior, a favor de "Explotaciones F. y P., S. A.". Teniendo en cuenta que la concesión a que se alude no fue hecha a título de propiedad, sino sujeta al pago de un canon anual y, actualmente, al régimen de consorcio establecido en el Decreto de 13 de agosto de 1948.

Es más, el tracto sucesivo, de las supuestas transmisiones puede seguirse, fielmente, de los Apéndices al Amillaramiento de Rústica que obran en las oficinas del Ayuntamiento de F., siendo muy significativo que la parcela en cuestión aparezca la primera vez como alta, en el Apéndice de 1944 para 1945, a favor de don A. R. G. y, ya en 1949-1950, a favor de doña J. L. H. y así sucesivamente, sin que anteriormente hubiera aparecido a favor de los antiguos concesionarios del común, de lo que don A. R. G. dice traer causa y, con la particularidad de que, cuando este señor se da de alta, en dicho Apéndice, no aparece en el mismo la correspondiente baja, aparte de que entre el alta de don A. R. G. y la baja de éste para dar de alta a doña J. L. H., se produce un aumento de cabida en la finca, de cinco hectáreas y treinta y siete áreas, que tenía anteriormente, a ocho hectáreas y noventa y cinco áreas, que pretende tener ahora y que es la superficie que figura en el título inscrito.

4.º Así las cosas, "Explotaciones F. y P., S. A.", pretendiendo que trae causa, no de unos concesionarios del Ayuntamiento de F., sino de verdaderos propietarios o poseedores a título de dueños y alegando que los señores citados en el apartado segundo de la presente exposición de antecedentes, de los que pretende adquirir don A. R. G., habían cerrado parte de la finca en 1929 y otro terreno colindante, ahora incluido en ella, lo había sido con anterioridad por otro señor, pero sin que tales extremos queden debidamente justificados e invocando su título escrito al amparo del art. 205 de la Ley Hipotecaria, que el propio Ayuntamiento de F., no reconoce, pretende explotar y realizar cortas y trabajos de plantación en la citada parcela, actuaciones que contando con la oposición municipal ha venido denegando el Distrito Forestal de la Provincia correspondiente.

Además, la citada sociedad pretende que los trabajos forestales se iniciaron en la finca en 1950, pero parece ser que se inician y, precisamente, por doña J. L. H., en 1957, a pesar de que ya había hecho aportación de la finca a la sociedad, anteriormente, es decir en 1950. Siendo en 1959, cuando se deniegan los permisos pertinentes por el Distrito Forestal, al pretender invocarlo la sociedad citada, frente al Ayuntamiento, que había adquirido de verdaderos poseedores a título de dueños. Pero la misma actitud de la sociedad no deja de ser incongruente, cuando al tropezar con la oposición del Municipio, solicita por carta que suscribe el Letrado de la misma, el consorcio. Contestando el Ayuntamiento que, aunque no existía acuerdo firme respecto de las bases, había de tener como fundamento el reconocimiento, por parte de los consorciados, de meros concesionarios de terrenos, y aceptar, además, la fija-

ción de una participación del Ayuntamiento en el quinto, en la primera corta y superior en las sucesivas.

No conforme con ello, la sociedad citada, ante las negativas del Ayuntamiento y del Distrito Forestal, interpuso recurso de alzada ante la Dirección General de Montes y, desestimado éste ante el Ministro de Agricultura, que confirmó las resoluciones anteriores. Agotada con ello la vía administrativa, promovió recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que también desestimó las pretensiones de la sociedad recurrente por su Sentencia de 26 de octubre de 1964, confirmando el acuerdo del Distrito Forestal de la Provincia. Se deniega la autorización de corta a "Explotaciones F. y P., S. A.", ya que según los documentos que obran en el expediente y, según el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, la finca de la sociedad citada se halla situada dentro del perímetro del citado monte, siendo así que su deslinde, aprobado y firme, no reconoce enclave alguno, por lo que procede mantener al Ayuntamiento de F., "sin perjuicio de que la sociedad recurrente ejercite las acciones y entable la demanda que crea corresponderle ante los Tribunales civiles".

5.º En consecuencia, y abierta de este modo la posibilidad de acudir a la vía judicial ordinaria, "Explotaciones F. y P., S. A.", promueve acción declarativa de dominio de la citada parcela, solicitando que se declare:

a) El pleno dominio a su favor;

b) Que consecuentemente con esta declaración, esta finca debe ser excluida del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, en el supuesto de que total o parcialmente se halle incluida en él, y

c) Que debe cancelarse la inscripción registral a favor del Ayuntamiento de F., en cuanto contradiga a la inscripción de que es titular la sociedad demandante. El Juzgado de Primera Instancia de N. por su Sentencia de 13 de abril de 1967, desestimó la demanda, absolviendo al Ayuntamiento de F. y a la Administración del Estado, de las peticiones de la sociedad demandante.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Excm. Audiencia Territorial de B., por su Sentencia de 8 de marzo de 1968, revoca parcialmente la sentencia recurrida, estimando parcialmente la demanda y declarando que el *vuelo*, consistente en plantación de eucaliptus de la finca descrita en el hecho primero de la demanda (es decir, la parcela citada), pertenece *en propiedad* a "Explotaciones F. y P., S. A."

Posteriormente, el Ayuntamiento de F., con base en una declaración de la Sentencia dictada por la Audiencia —que quedó firme por no haberse interpuesto recurso de casación— y contenida en su considerando segundo, según la cual, "se ha engendrado sobre vuelo y suelo una *comunidad dominical específica*", solicita, en ejecución de sentencia, se proceda a la división de tal comunidad, resolviendo el Juzgado de Primera Instancia, por auto de 23 de septiembre de 1969, no haber lugar a tal ejecución por tratarse de una sentencia declarativa y haberse opuesto, también, a ella el Abogado del Estado, alegando posibles soluciones extrañas, totalmente, al problema controvertido.

Con base en estos antecedentes se formula por el Ayuntamiento de F. y a la vista de los términos oscuros e imprecisos de la sentencia citada de la Audiencia Territorial, la siguiente

## CONSULTA

1.<sup>a</sup> Qué alcance tiene el reconocimiento de ese *derecho de propiedad* a la plantación o vuelo en favor de la compañía "Explotaciones F. y P., S. A."..

2.<sup>a</sup> Qué puede hacer el Ayuntamiento de F. en orden al ejercicio de los derechos que sobre la finca, en cuestión, le reconoce implícitamente la propia sentencia referida.

## DICTAMEN

A la vista de los antecedentes expuestos y de acuerdo con la consulta formulada, por el Ayuntamiento de F., el Letrado que suscribe, expone su parecer en los siguientes términos:

Descartada la posibilidad de casación de la Sentencia de 8 de marzo de 1968, por haber devenido en su día firme, la cuestión planteada, requiere partir de la interpretación de esta resolución de la Audiencia Territorial, ya que no establece una solución que, a primera vista, en el lenguaje jurídico tenga un valor indudable e incontrovertible para todos, sino que, por el contrario, se produce en términos un tanto ambiguos y elípticos. Esto requiere fijar unas bases previas que determinen los medios hábiles de interpretación de las resoluciones judiciales, todo ello en conexión con el respecto a la cosa juzgada, en relación con las distintas esferas normativas que se entrecruzan en este caso y teniendo en cuenta la proyección de todo ello, en orden al ejercicio de los derechos que le corresponden al Ayuntamiento de F., respecto de sus propios bienes comunales.

Es decir, el examen de la cuestión planteada requiere el estudio de un problema previo, en relación con el alcance de la citada sentencia y, también, el examen de una serie de cuestiones íntimamente relacionadas con la calificación que quepa hacer del resultado obtenido con el fallo, en función del entrecruzamiento de ordenamientos, de la naturaleza de las cosas y del contenido implícito de la misma sentencia sometida a interpretación, lo que naturalmente nos llevará, en una segunda parte, a establecer con bastante claridad la actuación que debe seguir el Ayuntamiento de F., en el ejercicio y defensa de sus propios derechos. Cuestiones todas ellas que vamos a examinar detenidamente y por separado en los apartados siguientes:

I. *Normas para la interpretación de una sentencia judicial*

Parece un poco paradójico que tengamos que hablar de interpretación de una sentencia, pues la sentencia en sí misma, es el acto de interpretación por excelencia, al aplicar la generalidad de la norma o del principio, contenido en el ordenamiento, el caso controvertido. Pero, en cambio, la sentencia, una vez pronunciada, y por la misma fuerza de la *cosa juzgada*, se convierte en regla jurídica, o mejor dicho, en la regla jurídica aplicable al caso de que se trate. Pues bien, si esta regla no aparece clara no habrá más remedio que tratar de

buscarle una interpretación adecuada. Sobre todo, teniendo en cuenta que no cabe aclaración de la sentencia, ya que en éste caso no se dan los términos que para ello establece el art. 363 de la LEC.

Claro que al interpretar una sentencia, lo que se pretende no es eludirla, sino tratar al contrario de observarla y cumplirla fielmente.

En el presente caso, se trata de una sentencia pronunciada en segunda instancia, pero dado el "alcance devolutivo" del recurso de apelación, en nuestro proceso civil, la Sala conoce íntegramente de la cuestión resuelta en primera instancia. Ahora bien, como además la sentencia que nos ocupa revoca parcialmente la de primera instancia, siendo en definitiva en parte estimatoria y en parte desestimatoria de la demanda, habrá de *integrarse* la sentencia definitiva con su "contenido implícito", que viene constituido por todo aquello que no resulta afectado por la revocación parcial de la sentencia de primera instancia.

Claro que, en una sentencia en parte estimatoria y en parte desestimatoria de la demanda, cabe pensar y, así es en efecto, que existen pretensiones y derechos compatibles de las partes conforme al contenido de la *litis contestatio*, los cuales vienen declarados por la sentencia, como sucede en el presente caso. Bien es verdad que no hay una identidad absoluta entre las pretensiones de la sociedad demandante y lo declarado en la sentencia, pero no por ello se puede hablar, en este caso, de *incongruencia* (1), aparte de que la cuestión sería irrelevante, especialmente por tratarse de una *sentencia declarativa*, con base en el principio *iura novit curia*, reiteradamente reconocido y aceptado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y, más aún, teniendo en cuenta razones de índole práctica que ostensiblemente concurren en el presente caso.

Pero por eso mismo hay que interpretar el alcance de los derechos reconocidos por la sentencia a las partes, en función de su compatibilidad, que viene establecida por imperio de la *cosa juzgada*, cuando tales derechos serían incompatibles, como lo son en abstracto, de no haber establecido la sentencia su compatibilidad. Esto resulta, no sólo del fallo, sino del lenguaje un tanto desusado que utiliza en su fundamentación y, seguramente, porque todo ello envuelve un razonable criterio de equidad. Ahora bien, aceptando todo esto con el respeto debido, no cabe duda que siguiendo las reglas del llamado proceso interno de la formación de la sentencia, contenidas en los artículos 359 y siguientes de la LEC., hay que interpretar ésta, desandando el camino lógico que el juzgador ha seguido en su formulación, y así "puesto que la ley usa para sus *supuestos* expresiones amplias y conceptos generales, el juez debe *integrar* el supuesto legal tomando de la vida real la noción precisa que corresponda (2)", es decir, tendremos que encajar los términos de la sentencia, abreviada o elípticamente expresados, en los conceptos y figuras correspondientes, pues, en caso contrario tal sentencia quedaría sin efecto.

---

(1) Vid. al respecto la exposición de J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1948, pp. 939 y ss.

(2) E. GÓMEZ ORBANEJA, V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1962, p. 304 y teniendo en cuenta que el texto citado se refiere a un ámbito incluso en que los poderes del juez se mueven con mayor amplitud.

Por último, hay que tener en cuenta que lo fundamental de la sentencia viene constituido por el fallo o decisión que en ella se contiene y que hay que interpretar en conexión con las peticiones de las partes y con los hechos que sirven a aquellas de fundamento. De todos modos, la parte dispositiva de la sentencia hay que conectarla con sus antecedentes (resultados) y con los razonamientos de orden jurídico en que se basa (considerandos) la decisión o fallo y además conviene "tener en cuenta que entre estos razonamientos de índole jurídica que se vierten en los considerandos de una sentencia hay unos que son la base y el fundamento inmediato de la decisión (*ratio decidendi*), pero hay otros que son puras afirmaciones incidentales, argumentos de orden retórico o dialéctico, o manifestaciones que se hacen pura y simplemente a mayor abundamiento (3)".

## II. Contenido real de la sentencia que interpretamos

De acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior, tenemos que fijar el contenido real de la Sentencia de la Audiencia Territorial de 8 de marzo de 1968, teniendo en cuenta, en primer lugar, su *contenido implícito*, en relación con la sentencia de primera instancia, en parte revocada y en parte confirmada.

Pero además resulta que sino el contenido mismo de la sentencia, sí sus *límites externos*, vienen formados por el valor que haya que dar a sus antecedentes y, en el presente caso, éstos exceden del planteamiento de la *litis* concreta que la sentencia resuelve. Es decir, la sentencia viene condicionada y limitada por otras actuaciones procesales anteriores, desarrolladas en vía contencioso-administrativa que también hay que tomarlas en cuenta, convenientemente, ya que inciden, puesto que limitan, en la valoración que haya de hacerse de la existencia de *derechos compatibles* que la sentencia que interpretamos reconoce.

En este caso, los límites de la contención entre las partes, vienen previamente determinados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1964, dictada en el recurso contencioso-administrativo a que anteriormente se ha hecho referencia y que permite la utilización de la vía ordinaria y, naturalmente, esto no puede aquí olvidarse, tratándose de una cuestión que, en su conjunto, viene sometida a dos ordenamientos distintos, o si se prefiere a distintas ramas de un mismo ordenamiento, la Legislación de Montes y el Código civil y, respecto de las cuales concurren dos jurisdicciones, la contencioso-administrativa y la civil.

El establecimiento de estos límites, referidos a la sentencia de la Audiencia Territorial viene fijado por las llamadas técnicas de conexión (4) entre las diversas esferas normativas y amparado en concreto por la presunción de *cosa juzgada* que favorece, en este caso, a la sentencia recaída en el recurso con-

(3) L. Díez-PICAZO, siguiendo a GRAY, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, p. 34.

(4) Vid. J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo*, Madrid, 1968, páginas 263 y ss.

tencioso-administrativo de referencia, por aplicación del art. 1.251 Cc. y al amparo del art. 16 del mismo, como la doctrina y la jurisprudencia aceptan. unánimemente (5) determinándose, por otra parte, el alcance de esta sentencia. por lo dispuesto en el art. 86 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por lo demás, no se presentan en este caso problemas de determinación del alcance de los requisitos de la cosa juzgada (art. 1.252 Cc.) en cuanto se exige la coincidencia de los elementos procesales, lo que ha sido respetado por las partes y por la propia sentencia civil, ni en cuanto falta esa coincidencia, quedando campo libre para la segunda sentencia (la sentencia civil) por razón de la diferenciación de las materias, lo que se halla de acuerdo con el límite de las jurisdicciones respectivas, según expresa el propio Preámbulo de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II, 4), pero siendo, a la vez, la cuestión controvertida entre las partes compleja, al entrecruzarse o confluir en ella dos esferas normativas, la interpretación de la sentencia que interpretamos, tiene que tener en cuenta lo resuelto por la sentencia contencioso-administrativa anterior, pues en caso contrario iríamos contra el principio *specialia generalibus derogat*, contenido también en el art. 16 del Código civil.

De este modo, para averiguar el contenido real de la sentencia que interpretamos tenemos que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Que con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1964, que puso fin al recurso contencioso-administrativo, entre las mismas partes, resulta que "Explotaciones F. y P., S. A.", no ha adquirido, conforme a la Legislación de Montes, ningún *derecho posesorio que contradiga, grave o límite, la titularidad dominical y la posesión* que corresponde al Ayuntamiento de F. sobre la finca que dice pertenecerle, la cual, se halla enclavada dentro del Monte catalogado a favor de dicho Municipio y sin que su oportuno deslinde, aprobado y firme reconozca enclave alguno.

2. Que con base en el *contenido implícito* de la sentencia de segunda instancia, de la Audiencia Territorial de 8 de marzo de 1968, la sociedad actora que ejercita *acción declarativa de dominio* de la parcela enclavada, solicitando su exclusión del Catálogo de Montes de Utilidad Pública y cancelación, en la medida concurrente, de la inscripción del dominio sobre la misma. (al estar incluida en otra más amplia) a favor del Ayuntamiento de F., obtiene, en primera instancia, una sentencia íntegramente desestimatoria, que al venir solamente revocada parcialmente por la de segunda instancia deja en pie todo aquello que no revoca y especialmente se demuestra en que no da lugar a las peticiones accesorias aludidas.

3. Y por último que, con base en el *contenido revocatorio* de la sentencia de segunda instancia, definitiva y firme, en el presente caso, resulta que no se contradice lo anterior en tanto en cuanto reconoce a la sociedad citada un *derecho de propiedad* sobre la plantación de eucaliptus, exclusivamente. Tenemos, entonces, que los términos de este derecho, su alcance, sus efectos y

---

(5) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, Madrid, 1957, pp. 658 y 737 y ss.

especialmente en relación con los derechos que sobre la misma finca corresponden al Ayuntamiento de F. es lo que hay que determinar en el presente caso, ya que sólo en el sentido que tenga esta relación encontraremos el *contenido real* de la sentencia que interpretamos.

### III. LO QUE NO PUEDE QUERER DECIR LA SENTENCIA QUE INTERPRETAMOS

Ha quedado claro, en primer lugar, que el planteamiento que se haga ha de desenvolverse poniendo en relación la sentencia en cuestión con sus antecedentes, entre los que hay que contar los límites en los que se desenvuelve.

De este modo, cabe interpretar en sentido negativo la sentencia, por cuanto en su parte dispositiva establece que: *debemos declarar y declaramos que el vuelo, consistente en plantación de eucaliptus en la finca descrita en el hecho primero de la demanda pertenece en propiedad a "Explotaciones F. y P., S. A."* y, en consecuencia, esto no puede ser:

1. Ni una situación posesoria *ad usucapionem*, consumada (puesto que la sentencia habla de *propiedad*) o en vías de consumarse, conforme a la Legislación de Montes, o cualquiera otra análoga que podría configurarse, porque un derecho de esa naturaleza queda excluido del ámbito dispositivo de la sentencia civil, al tropezar con el obstáculo de la *cosa juzgada* preconstituida por la sentencia dictada en vía contencioso-administrativa.

2. Ni tampoco una situación derivada de la constitución y reconocimiento por parte de la sentencia de un *derecho real limitado*, en favor de la sociedad citada, que grave y limite, recayendo sobre su contenido, el derecho de propiedad que viene reconocido y atribuido por la misma sentencia y, en relación con la misma finca (o de una parte de ella), en favor del Ayuntamiento de F., porque este *derecho sobre el vuelo*, únicamente puede configurarse como un *derecho de superficie rústica* y no es posible configurarle así, en el presente caso, por las razones siguientes:

a) Porque en relación con la sentencia que comentamos, tratándose de un derecho inscribible, de acuerdo con el art. 30-3 del Reglamento Hipotecario y con el art. 2-2.º LH. y habiéndose solicitado, en su demanda, por la sociedad demandante la cancelación, en la medida concurrente, de la inscripción a favor del Ayuntamiento de F., al basar su reclamación en una contradicción de dominio en dos asientos vigentes, es evidente que el que pide lo más pide lo menos y lo mismo que la sentencia le niega el reconocimiento del dominio pleno; no revoca parcialmente la petición accesoria que había desestimado la sentencia de primera instancia y al igual que le reconoce, en cambio, ese *sui generis* derecho sobre el vuelo, que dice le pertenece en propiedad, si éste consistiera en un *derecho real de vuelo* (o sobre el vuelo, es decir, derecho real de superficie) hubiera ordenado que, congruentemente, se rectificara el asiento en favor suyo, mediante la rectificación correspondiente en la inscripción a favor del Ayuntamiento de F. y en este sentido; lejos de disponer nada sobre ello, la parte dispositiva de la sentencia guarda el más absoluto silencio, mientras que en el considerando tercero de la misma se dice que, a pesar del *reconocimiento de ese derecho* a la sociedad demandante no es procedente la cancelación registral, ni tampoco la exclusión del Catálogo de Montes de Uti-

lidad Pública, en razón de reconocerse la propiedad del suelo del monte en favor de la citada Entidad local.

b) Porque como es sabido, el derecho de propiedad, por su misma naturaleza institucional (art. 348-1 Cc.) se presume libre, lo que confirma al respecto el art. 350 Cc., con lo que no puede llegarse de derecho a situaciones como la presente, sin que se derogue el *principio de accesión*, pues esto únicamente tiene lugar cuando sobre la base de esta derogación se configura un *derecho real limitativo del dominio*, o en los casos excepcionales en que se acuerda por el ordenamiento una protección especial en favor del *poseedor de buena fe*.

En el presente caso, para que se configure un derecho real, falta la evidencia del *título correspondiente*, no sólo por tratarse de una adquisición que hubiera tenido lugar en contradicción con otros derechos que son *imprescriptibles*, por recaer sobre bienes de dominio público y que vienen a resultar también *inalienables*, sino absolutamente y en general, pues en el presente caso resulta que únicamente hubiera podido adquirirse el dominio sobre ellos, o un *derecho real limitado, a non domino*, a través del juego del art. 34 LH. inaplicable al presente supuesto porque no se dan las condiciones en que actúa este precepto, como no cabe la menor duda y como implícitamente se viene a reconocer también por la propia sentencia que tratamos de interpretar; o bien hubiera podido adquirirse mediante la *usucapión*, pero para ello hace falta un título idóneo, ya que nos movemos en el ámbito de la usucapión ordinaria, que sea congruente con la naturaleza del derecho y que pueda fundar una posesión que ofrezca un *animus* (= concepto en que se posee) (6) que habría de ser paralelo, en el caso de autos, al que se deriva del *ius possessionis* del superficiario, lo que resultaría de poner en relación los arts. 430 y 432 Código civil con el art. 1.611-3 del mismo. Mientras que aquí nos encontramos con que la sociedad demandante pretende tener la posesión en *concepto de dueño* y no en otro concepto distinto. Y como la sentencia, por un lado hay que presumir que no es *incongruente* y, por otro, no se puede alterar caprichosamente el concepto posesorio, como se deriva del artículo 436 Código civil, no parece que haya base para considerar que, de lo dicho por la sentencia se derive un derecho real limitado de superficie en favor de la sociedad citada. Además que al no haber un título hábil falta conocer las condiciones que son *naturales* a este tipo de derechos: a saber, su duración, la plantación en que consista, el destino de ésta y de las mejoras sobre la finca en el momento de la extinción del derecho y la contraprestación o canon estipulado (argumento *ex art. 30-3 RH*). No se nos oculta que se podrá objetar que quien reclama lo más puede obtener lo menos, pero esta argumentación aquí no es correcta, pues lo más, en el presente caso, no contiene lo menos, ni esa operación de reducción puede hacerse en tales términos ya que lo menos presentaría o habría de presentar una *especificación* que no se contiene instrumentalmente en la generalidad de lo más. cuestión ésta que en conexión con el contenido del *derecho de superficie rústica*, no cabe ni su-

---

(6) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Notas para una reconstrucción del concepto de animus posesorio en el Derecho moderno*, en *RGLJ*, núm. 219 (1965), páginas 271 y ss.

poner que fueran ignoradas por el juzgador. Y por ello, como no cabe suponer esta ignorancia hay que interpretar la cuestión de acuerdo con la naturaleza y alcance con que tales derechos vienen típicamente configurados por el ordenamiento.

IV. *Lo que puede querer decir la sentencia cuestionada y lo que realmente dice*

Por exclusión hemos visto, en el apartado anterior, que la sentencia que examinamos no puede querer decir que se reconoce a favor de la sociedad citada un *derecho real limitativo* de la propiedad que corresponde al Ayuntamiento de F., sobre la finca anteriormente descrita. Ahora bien, cómo la sentencia concede el *vuelo*, como referido a la propiedad de la plantación de eucaliptus, en la parcela enclavada, a aquella sociedad y el *suelo* a la Entidad local, parece claro que ha seguido una tercera vía, en las posibilidades delimitadas por la contienda entre las partes y habida cuenta, también, de los límites preconstituidos a esta contienda por la *cosa juzgada* de la sentencia de lo contencioso-administrativo. Esta vía, no es otra que la tan frecuente del fallo inspirado en cuestiones de *equidad*, pero como no ha sido la sentencia muy explícita, no hay más remedio que profundizar un poco en lo que el juzgador ha querido decir, aunque lo haya dicho de forma tan incorrecta, dado la falta de precisión y de razonamiento con que se ha producido.

Para ello, como cuestión previa, no hay más remedio que acudir a la consideración de las posibilidades de la *equidad* en un asunto de esta naturaleza. Esta cuestión se descompone en dos aspectos distintos, de una parte, no cabe duda que la equidad inspira todo el ordenamiento, funcionando como si fuera un *principio general de Derecho*, al amparo del art. 6.º Cc. (7), pero si no existe una norma que permita al juzgador actuar una auténtica *aequitas naturalis*, que responde al concepto de proporcionalidad o *aequabilitas*, como sucede en los arts. 1.154, 1.690, 44, 1.103, 1.592 a 1.594, etc del Cc., entonces como la equidad no tiene un contenido distinto del Derecho, como ha reconocido la jurisprudencia (8), tiene necesariamente que adaptarse a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico, es decir, desenvolverse conforme a los conceptos, figuras o dogmas que representan el juego de intereses y las diversas situaciones de las partes.

Esclarecida esta cuestión previa, para profundizar en lo que el legislador ha querido decir, en la sentencia que comentamos, hay que tomar en cuenta los razonamientos que motivan el fallo y que, en este caso, se hallan contenidos en el considerando segundo de la sentencia. Estos razonamientos son de dos órdenes distintos: uno, según el cual, se supone la existencia de un título que si no le ampara para adquirir la propiedad del *suelo*, si le permite adquirir —según la sentencia— por usucapión en virtud de posesión continuada por más de diez años, con buena fe, la propiedad del *vuelo*. Y, otro, que del

(7) Vid. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pp. 470 y ss.

(8) SS. de 15 de febrero de 1947 y 31 de marzo de 1949.

resultado de esta adquisición sobre la plantación o *vuelo* en favor de la sociedad citada y, teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de F., conserva la propiedad del suelo, se origina, entre ambos, una *comunidad dominical específica*. Vamos a ver cada uno de estos argumentos separadamente (9).

1. En cuanto al primero de ellos, ya hemos visto y descartado que la situación adquirida y configurada en favor de "Explotaciones F. y P., S. A.", no puede consistir en una situación amparada por la Legislación de Montes y en virtud de las concesiones que hizo el Ayuntamiento en 1933 y 1934, porque de aquellos concesionarios, la sociedad citada, no puede traer causa y si la trajera sería con las condiciones y limitaciones consiguientes que, por su parte, la citada sociedad no reconoce (aunque en algún momento lo haya reconocido, pero esto es otra cuestión que aquí no hace al caso). Tampoco puede hacerse valer que trae causa en los términos que pretende, porque se iría en contra de la *cosa juzgada*, constituida por la *sentencia* de lo contencioso. Ni tampoco, por las mismas razones, que se haya configurado a su favor, un *derecho real sobre el vuelo*, cuando esto iría en detrimento de los derechos que reconoce al Ayuntamiento la misma sentencia citada y, en este sentido no puede haber colisión de derechos (10).

Pero en todo caso: ¿Cabe pensar que se haya configurado, en favor de la sociedad citada, algún derecho sobre el *vuelo*, proveniente del causante a título singular de la señora que por primera vez adquiere o pretende adquirir en documento público y que después inscribe, conforme al art. 205 LH. y aporta a la sociedad? No parece, porque lo dicho anteriormente lo impide. Es más, es posible que el supuesto transmitente ni siquiera fuera poseedor de hecho, aparte de que no cabe olvidar el carácter *imprescriptible* de los bienes sobre los que se opera (11). Entonces resulta que, la adquisición de la señora que aporta a la sociedad y, la de la sociedad misma (pues su postura a todos los efectos viene a ser idéntica), sería una adquisición *a non domino*. Pero esta adquisición *a non domino*, no puede versar sobre el dominio, ya que no entra en juego el art. 34 de la LH., ni es posible, tampoco, por vía de usucapión, respecto del dominio o de un derecho real limitativo, porque, en el primer caso, a ello se opone la *imprescriptibilidad* de los bienes y, en el segundo, la falta de un *título idóneo*, como hemos visto; aparte de que, en ambos, juega por aplicación de la *cosa juzgada* el límite que impone la incompatibilidad de tales derechos con los que la sentencia anterior reconoce a favor del Ayuntamiento de F.

Si las cosas se presentan de este modo, no quedan más que dos posibilidades: la *apariencia registral* y la *presunción de buena fe*, que es en lo que pa-

---

(9) El discurso lógico o más bien dialéctico de la sentencia es claramente incompleto, o si se quiere erróneo a fuerza de ser abreviado, puesto que confunde *titulus adquirendi* con lo que no es más que un *titulus retinendi*, como veremos.

(10) Si la colisión se plantea entre derechos de la misma naturaleza, aunque sean de distinto contenido, la fuerza de la *cosa juzgada*, actuará siempre en favor del Ayuntamiento. Otra cosa distinta es si la colisión se plantea entre derechos de naturaleza diferente: un derecho real y una situación jurídica, materia que reserva la sentencia contenciosa a la jurisdicción civil.

(11) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en *RAP.*, 13 (1954), pp. 11 y ss.

rece se funda la sentencia, con base aunque no lo diga en el art. 38 LH. y en el art. 434 Cc.

El que la sentencia diga que existe *título*, en el considerando citado, no supone que haya que darle más valor que el que realmente tiene. *Primero*, por que no lo dice en el fallo o parte dispositiva, que es lo que integra propiamente el contenido de la sentencia (en relación con los hechos fundamentales que constituyen los términos del pleito) y a lo que habrá que referir en su caso la cosa *juzgada* para el futuro. *Segundo*, por que aunque el fallo deba integrarse por lo que se dice en los considerandos, esto sólo tiene valor en cuanto expresa la *ratio decidendi* del fallo y, en este caso, encontrándonos ante una sentencia que hace un claro juego de equidad, no puede significar otra cosa que el respeto debido a la *apariencia registral*, tratándose de dos inscripciones a la vez, sin contradicción, pero recíprocamente contradictorias y a su vez contradictoria la inscripción en favor de la sociedad citada con los derechos reconocidos al Ayuntamiento de F., por una sentencia anterior. *Tercero*, por que si desmenuzamos el contenido que puede tener éste título, vemos que no puede ser otro que el juego que produce la *apariencia* y la *presunción de buena fe* y como las titularidades que publican esas dos inscripciones, son distintas, en gracia a que en una de ellas se trata de *dominio público*, no cabe duda que la sentencia ha querido decir, aunque no lo ha dicho, expresándose de modo abreviado, que el título de la sociedad, no es propiamente un *titulus adquirendi*, sino simplemente un *titulus retinendi*, de ahí que se reconozca al Ayuntamiento *su derecho de propiedad* y a la sociedad *la propiedad de lo planteado*. Incluso el alcance de ese derecho se pone de relieve, tanto por el juego equitativo de la sentencia como por la incompatibilidad recíproca entre ambos existente, el derecho a favor del Ayuntamiento y el derecho a favor de la sociedad.

Que en el ánimo del juzgador ha influido, notablemente, un *arbitrio de equidad*, no cabe lugar a duda, influido en el presente caso por el respeto a la apariencia registral. Seguramente no hubiera sido lo mismo si en nuestro sistema hipotecario existiera una mayor garantía en cuanto a la inmatriculación de fincas, en consonancia con una mayor adecuación entre el Registro y la identidad material de las fincas y de los derechos. Pero como esto no existe, por desgracia, ni existe un sistema de seguro como en otros regímenes extranjeros a cargo del Estado, para efectuar las compensaciones oportunas, el juzgador lo que ha hecho es un reparto equitativo de los riesgos que se derivan del mal funcionamiento de nuestro sistema registral, siendo esta la verdadera *ratio decidendi*, subjetiva (*mens iudicis*) del fallo, en conexión con la configuración de una *titularidad aparente* y con una *presumible buena fe*.

Siendo así las cosas y, no de otro modo, el *alcance* de los derechos reconocidos a la sociedad citada, hay que interpretarle en estrecha relación con estas consideraciones.

De modo, que como la existencia de título, no tiene otro significado que el indicado y que podríamos calificar, invocando una argumentación que la sentencia debía de haber efectuado, aunque no lo haya hecho, como *titulus retinendi*, en lo que consiste la verdadera *ratio decidendi*, objetiva (*mens sententiae*) del fallo, cualquier otro carácter que se derive de las palabras utili-

zadas en el considerando citado ha de ser tomado *obiter dicta*, por que lo único que legitima y justifica la propiedad sobre la plantación que la sentencia reconoce a la sociedad aludida, es la *buena fe* basada en el *error* de que podía llevar a cabo dicha plantación sin tener derecho alguno para ello y, entonces, la disciplina aplicable al caso es la que se establece en favor del que planta de buena fe.

Es decir, la sentencia lo que hace es disociar el *ius plantandi*, del derecho de hacerlo. Es este un caso típico de *colisión de derechos*, que al margen de la disciplina de la accesión no ha sido debidamente estudiado, ni por la doctrina, ni por la propia jurisprudencia y que viene oscurecido por la oposición tajante, en el plano conceptual, entre *derechos reales* y *derechos de obligación*. Por que, efectivamente, la sentencia no resuelve la cuestión acudiendo a dirimir el enfrentamiento entre dos derechos reales, ya que ni establece su incompatibilidad, ni puede declarar, ni declara, su compatibilidad (que sólo hubiera podido hacerse en términos de reconocer un derecho real limitado, lo que aquí ya hemos visto que no es posible). Lo que resuelve la sentencia, es el enfrentamiento de un *habere* (derecho real) contra una *facere* (*plantatio*) que disociado de su derecho a hacerlo y *legitimado* por la buena fe que se reconoce en el que lo lleva a cabo genera la situación declarada por la sentencia. De este modo, el título inhábil para general un *habere*, debido a la *presunción de buena fe* y a la *apariencia registral*, ha configurado realmente, un título hábil (*titulus retinendi*) para llevar a cabo un *facere*. Entonces es claro que la disciplina aplicable al caso es la contenida en el art. 361 Cc.

2. Por otra parte, la sentencia utiliza, en el mismo considerando, un segundo término que también conviene examinar, cuando dice que la situación que se origina por la coexistencia de los derechos respectivamente reconocidos a las partes, consiste en una *comunidad dominical específica*. Pues bien, aquí es claro que la sentencia no se está refiriendo a la *comunidad de bienes* en sentido técnico. Ni tampoco a un concepto *vulgar* de comunidad que aparece utilizado por la doctrina y por jurisprudencia ya desde antiguo a propósito de los derechos de goce, como el usufructo, los censos y otros análogos, concepto que arranca de la desnaturalización de una expresión romana, según la cual se dice *usufructus est pars domini* y que se extiende en una desacreditada tendencia jurisprudencial, hoy abandonada (12), porque no cabe pensar que la sentencia utilice el término comunidad, referido a una situación de intereses, como los que efectivamente se dan en tales derechos reales, sino referido a algún esquema técnico de comunidad, aparte de que no cabría utilizar el concepto vulgar aludido, en el presente caso, porque no existe un reconocimiento por parte de la sentencia de un derecho real limitado de goce a favor de la sociedad citada. Entonces, o la sentencia se expresa *obiter dicta* al utilizar este razonamiento, o alude a la *comunidad incidental* (13), que puede

---

(12) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Retracto de comuneros*, en RDP, 46 (1962), pp. 937 y ss. y al examinar el concepto de comunidad.

(13) Era interesante el concepto que en torno a la idea de la "*communio incidens*" desarrolló el prof. I. CASSO ROMERO, pero a nuestro juicio no están aprovechadas todas las posibilidades del tema ("*Curso de Conferencias en el Iltre. Colegio Notarial*", 1945, pp. 158 y ss.).

presentarse en algunos supuestos de accesión, que aquí no serían aplicables por referirse a accesión de muebles (arts. 375 y ss. Cc.), pero que pone de relieve, claramente, la intención de la sentencia al matizar el carácter con que esta hecho el reconocimiento de la *plantación* o *vuelo* a favor de la sociedad demandante, indicando, por otra parte, el resultado a que ha llegado la colisión entre el *habere* y el *facere* que se plantea en este caso, como algo que ya está hecho, terminado y que tendrá que resolverse por las reglas que le sean aplicables, a las que anteriormente hemos aludido, puesto que esta colisión no ha engendrado un derecho permanente, de ejercicio continuado, con base en una situación permanente, destinada a permanecer, sino un resultado único (tracto único, consecuencia o hecho aislado), consumado, avocado a su resolución y liquidación, lo mismo que se resuelven otros supuestos de comunidad incidental (o situaciones análogas de conflictos de intereses sin que constituyan propiamente ni siquiera comunidad incidental).

Refuerza esta interpretación el término "*específica*" que también utiliza la sentencia, porque lo específico tiene que aludir a una participación diferente a la comunidad. Y tampoco lo modifica el hecho de que se añada al término "*específica*", anteponiéndole la voz "*dominical*" que no puede referirse, claramente, a la comunidad del dominio, porque entonces la fórmula habitual utilizable es la de *comunidad pro indiviso* o *copropiedad*, sino que realmente refuerza nuestra interpretación, porque, precisamente, en la mayoría de las comunidades incidentales lo que surge es una comunidad dominical específica, como puede verse en las surgidas en la accesión de cosas muebles, conforme a las normas de los arts. 375 y ss. Cc. y especialmente en los arts. 381 y 382-1 del mismo.

La diferencia esencial entre la *comunidad incidental*, especialmente como sucede en este caso que no se reúnen en ella derechos de la misma naturaleza y la *comunidad del derecho de propiedad* (copropiedad o condominio) es clara, pues mientras en ésta lo que se comparte es la titularidad de un mismo derecho, en aquella, cada parte conserva el suyo en la medida en que es compatible con la "naturaleza de las cosas" (por eso se habla de una comunidad específica y no de una comunidad normal o genérica). Y así, mientras en la comunidad del derecho de propiedad, se puede ejercitar la *actio communi dividundo*, por cada comunero, ya que esto es una consecuencia de su derecho *pro parte* y que como tal se halla contenido en su *cuota* (14); en la *comunidad incidental*, lo único que puede hacerse es separar lo que se ha unido, bien material y directamente, bien acudiendo a unas reglas que *sustituyan* esta separación respetando el juego de intereses de las partes, cuando aquella no pueda hacerse. Esto es así porque si no existe una comunidad ordinaria y sí una comunidad específica, la división de esta comunidad no puede ser la división ordinaria, sino también una división específica que puede actuarse en forma directa y principal o en forma indirecta y subsidiaria. A este juego, en definitiva, responde el art. 361 Cc. Y por eso, en la oposición formulada por el señor Abogado del Estado, a la ejecución de sentencia solicitada por el Ayuntamiento

---

(14) J. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pp. 173 y ss.

to y denegada por auto del Juzgado de Primera Instancia de 23 de septiembre de 1969, se dice claramente que de dar lugar al medio escogido por la citada Entidad local que pedía la división de la comunidad (como si se tratara de una comunidad ordinaria), se llegaría a posibles soluciones extrañas totalmente al problema debatido.

En resumen, lo que dice la sentencia que interpretamos es que “Explotaciones F. v P., S. A.”, ha efectuado de buena fe la plantación de eucaliptus en la parcela citada, por lo que dicha plantación le pertenece, mientras que, por otra parte, la parcela en cuestión pertenece al Ayuntamiento de F., siendo la norma legal más aproximada a este supuesto, el art. 361 Cc. que parece debiera ser aplicable al mismo. No obstante, esta cuestión vamos a examinarla en el apartado siguiente.

#### V. ALCANCE DEL DERECHO RECONOCIDO A LA SOCIEDAD CITADA

Sí la sentencia que examinamos, no fuera una sentencia que resuelve un conflicto de intereses, mediante un planteamiento de equidad, la cuestión quedaría resuelta por todo lo que queda dicho y no habría más que aplicar lo que dispone el citado art. 361 Cc. Pero no siendo así no queda más remedio que profundizar un poco más en el análisis de la situación para captar íntegramente el mandato judicial, en función de la naturaleza de las cosas que, sin duda alguna, tuvo en cuenta el juzgador.

Parece claro que, aparte de la opción que concede el art. 361 Cc., en este caso al Ayuntamiento de F., como propietario del suelo, existe otra posibilidad derivada directamente del reconocimiento que hace la sentencia, en favor de la sociedad citada de ese derecho de propiedad exclusiva sobre la plantación o vuelo. Y esta posibilidad consistía en el *ius tollendi* de la plantación mediante su corta, aplicándose por analogía lo dispuesto en el art. 378-1 Cc.

Ahora bien, como esto no se ha efectuado y pudo efectuarse desde el momento en que fue firme la sentencia a partir de aquel momento, al no configurarse un derecho real limitado a favor de la sociedad citada y por cesar la buena fe que le amparaba para obtener dicho resultado, como consecuencia del pronunciamiento judicial, deberá satisfacer la contraprestación correspondiente por el mantenimiento del *vuelo* o *plantación*, que se determinará por la que se satisfaga en análogas circunstancias, en otros terrenos que tenga el Ayuntamiento destinados al mismo fin (15).

---

(15) Es de aplicar, análogamente, el art. 435 del C. c. En materia de adquisición de frutos, el art. 451 habla de interrupción de la posesión, pero aquí no se trata —paralela y análogamente— de ésto, sino de interrupción de la buena fe, a lo que alude, también, el art. 452 del C. c. Esto tiene aquí interés ya que el supuesto de interrupción de la buena fe, es distinto y más reducido que el supuesto de interrupción de la posesión, lo que nos lleva a regular la situación derivada o subsistente por las normas del *enriquecimiento injusto*. En el caso de autos, la buena fe, cesa; la situación o derecho reconocido subsiste, pero ya ha producido todos sus efectos porque se trata de una situación de cara al pasado; los efectos que subsistan o sobrevivan son los que se regulan conforme al criterio apuntado.

Por otra parte, al tratarse de un monte de utilidad pública y ser necesaria la autorización pertinente para proceder a su corta, e incluso siendo posible que se produzca la autorización en forma parcial, lo que puede originar la *subsistencia* de la plantación en favor de la sociedad citada, mientras esto ocurra y durante todo el tiempo de su subsistencia, deberá ésta abonar a la entidad local, también citada, la contraprestación correspondiente. Lo que se determinará en ambos casos, si fuera preciso, mediante el dictamen pericial oportuno.

Volviendo a las dos opciones que contempla el art. 361 Cc., aparte de que quedan embebidas en la tercera posibilidad apuntada, en el juego lógico de su aplicación por analogía, parece ésta más conforme con lo dispuesto y querido por la sentencia. Y aunque así no fuera, tampoco sería practicable la primera de ellas por ser antieconómica para el Ayuntamiento de F., yendo en contra del reconocimiento del que la sentencia tiene que partir respecto de sus derechos, admitidos por la sentencia de lo contencioso, y, además, del carácter imprescriptible de los bienes comunales. Pero por si fuera poco, no hay que olvidar que como propietario del suelo le corresponde el derecho de opción y es claro que no le interesa su ejercicio. En cuanto a la segunda de las opciones que establece el art. 361 Cc., no es posible por implicar la enajenación de la parcela a la sociedad citada, en contra de la inalienabilidad de los bienes de dominio público, mientras no resulten desafectados del fin a que se destinan, lo que no ocurre en el presente caso.

#### VI. MEDIDAS EXTRAJUDICIALES QUE DEBE ADOPTAR EL AYUNTAMIENTO CONSULTANTE

En consecuencia con lo que acabamos de exponer, el Ayuntamiento de F., debe notificar de modo fehaciente a la sociedad citada, para que proceda a la corta total o parcial de la plantación, indemnizando, en el primer caso, en la medida proporcional en que corresponda por el tiempo que sigue disfrutando de la misma, desde que la sentencia ha adquirido firmeza y, en el segundo, comprometiéndose a hacerlo, en la medida proporcional que derive de la duración o conservación de la plantación hasta su corta definitiva, en función del mejor aprovechamiento del monte, y, todo ello de acuerdo con el informe pericial oportuno y sin que este *modus vivendi* suponga que se someta a la sociedad al *régimen de consorcio* establecido para otros aprovechamientos análogos, ya que si se obliga a ello, se va contra lo dispuesto en la sentencia, de acuerdo con los antecedentes de la contienda a que pone fin, salvo que voluntariamente le parezca a la sociedad citada, dicho régimen, más conveniente.

Esta notificación fehaciente se debe efectuar haciendo constar como antecedentes de la misma las conclusiones del presente dictamen y planteándolo a un doble efecto, para provocar el acuerdo con la sociedad citada y para que, a los efectos del art. 460-3 LEC. sirva, a mayor abundamiento, para preconstituir el acto jurídico de comunicación paralelo al de conciliación,

previo al juicio declarativo correspondiente en ejercicio de acción reivindicatoria de la finca en cuestión y de acción declarativa de no existir otro derecho a favor de la sociedad que el expresado en los términos y con el alcance que queda dicho, advirtiendo a la misma sociedad que de no llevar a cabo lo que está obligada a realizar, por la situación que le coloca la sentencia, se ejecutará a su costa, conforme a lo dispuesto en el art. 1.098-1 Cc. ya que los intereses comunales no admiten demora, por otra parte.

#### VII. MEDIDAS JUDICIALES QUE DEBE ADOPTAR EL AYUNTAMIENTO

De no tener eficacia práctica con las actuaciones extrajudiciales indicadas en el apartado anterior, el Ayuntamiento debe solicitar la ejecución de sentencia pues aunque se diga que las sentencias declarativas no son objeto de ejecución, esto no es absolutamente cierto, ya que del resultado de una sentencia declarativa puede derivarse, el derecho y la obligación de hacer y tratándose de un procedimiento rápido y poco costoso debe, en todo caso, intentarse.

Naturalmente que si esto no diera el resultado apetecido habría que acudir al juicio declarativo ordinario, ejercitando, de una parte, la acción reivindicatoria respecto de la finca citada, con base en la reserva de derechos que se deriva de la *cosa juzgada* de la sentencia de lo contencioso, en favor del Ayuntamiento y habida cuenta que la titularidad y la identidad de la finca no ofrece problema alguno, solicitando que la sociedad citada sea condenada a dejar a libre disposición del Ayuntamiento la finca citada, dado que no existe en su favor título alguno que le habilite para mantenerse en su posesión y goce, como sería el que existiera un derecho real limitado sobre el vuelo debidamente constituido y sin otras limitaciones que las que derivan del reconocimiento que en su favor hace la sentencia de la Audiencia Territorial, respecto de las cuales y para obtener un pronunciamiento en la sentencia que se inste, se debe acumular al ejercicio de la acción reivindicatoria citada, la acción derivada del principio de accesión, que a la vez es declarativa y condenatoria, la cual conforme a los antecedentes citados habría de fundar la petición de que se condene a la sociedad aludida a cortar la plantación o a mantenerla, en los términos ya dichos, de acuerdo con lo que en concreto se fijara en ejecución de sentencia, pues de lo contrario quedaría sin efecto el reconocimiento de los derechos en favor del Municipio y pidiéndose paralelamente rectificación registral a los efectos oportunos.

No se opondría al ejercicio de estas acciones la *cosa juzgada* causada por la sentencia de la Audiencia Territorial, ya que las acciones que se pretende ejercitar son de índole más amplia que las ejercitadas en el procedimiento anterior. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido, en numerosas ocasiones que el juego de una mayor amplitud en la causa de pedir, respecto de un procedimiento anterior, impide que actúe la cosa juzgada, al menos en la medida concurrente (16).

---

(16) SS. de 4 de julio de 1932, 7 de junio de 1934, etc.

A la vista de lo anteriormente expuesto se establecen las siguientes, conclusiones:

### C O N C L U S I O N E S

I. El derecho de propiedad sobre el *vuelo* o *plantación* atribuido a "Explotaciones F. y P., S. A.", no configura un derecho real limitado sobre la parcela citada y aunque se dice en la motivación del fallo de la sentencia de la Audiencia Territorial que se da entre *vuelo* y *suelo* una *comunidad dominical específica*, la sentencia no dice que se establezca sobre la parcela una *comunidad del derecho de propiedad*, entre la sociedad citada y el Ayuntamiento sino que lo que quiere decir es que se establece una especie de *comunidad incidental*, con especificación de partes dominicales, con lo que se lleva la cuestión al terreno de la *plantación de buena fe*, pero de la expresión utilizada en la motivación del fallo, anteriormente citada, parece que la sentencia se decide por una fórmula que no es al pie de la letra la del art. 361 Cc., sino la contemplada, por analogía, en el art. 378-1 Cc. que expresa que: "*Cuando las cosas pueden separarse sin detrimento, los dueños respectivos pueden exigir la separación*".

II. En consecuencia el Ayuntamiento puede exigir a la sociedad que corte los árboles, dejando libre el terreno, sin percibir nada por su corta, salvo la indemnización correspondiente por el tiempo transcurrido desde que esto pudo hacerse y no se hizo, ya que a partir de la sentencia citada la sociedad pierde su buena fe (arts. 435, 352, etc. Cc.). También cabe que la corta deba hacerse gradualmente y, entonces, por todo el tiempo que dure esta situación transitoria podrá exigir el Ayuntamiento, la correspondiente contraprestación. Graduándose el importe de estas indemnizaciones por equivalente de las prestaciones que se apliquen en otros terrenos que tenga el Municipio cedidos para una finalidad análoga y, en su caso, conforme al dictamen pericial.

Para hacer efectivos estos derechos, el Ayuntamiento puede seguir las vías *extrajudiciales* y *judiciales* a que anteriormente se ha aludido.

Así es cuanto resulta de mi dictamen que someto con gusto a otro más autorizado.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BADENES GASSET, Ramón:** «El contrato de compraventa». Editorial Teos. I, Madrid, 1958, XXXI y 769 págs.; II, Madrid, 1969, XXXIX-LVI, 7:3-1384 págs.

En la producción ya considerable del doctor Badenes, la obra aquí considerada destaca por su extensión e importancia.

Propósito del autor ha sido, nos dice el prólogo que encabeza el primer tomo, "llevar a cabo una exposición de la problemática de la compraventa sobre la base, fundamentalmente del análisis de los preceptos del Código Civil, penetrando en el texto de cada artículo para contemplarlo desde sus diferentes ángulos, sin omitir las referencias a las cuestiones conexas, aunque el estricto contenido legal no las suscite".

La finalidad exegética señalada se muestra clara y hasta llamativamente, al verse que después del prólogo se encabeza el texto así: "Código civil. Libro cuarto. De las obligaciones y contratos. Título IV. Del contrato de compra y venta". Consecuentemente seguirá la obra el orden de los artículos del Código y, ya dentro de los capítulos y secciones, se irán incluyendo aquellas indicadas cuestiones conexas y las más importantes especialidades en que puede manifestarse el contrato de compraventa; complementos o disgresiones que enriquecen extraordinariamente el contenido de los dos volúmenes. Algún ejemplo hará ver mejor lo dicho. Al tratarse de la diferencia entre la compraventa y otros contratos afines, se insertan estudios sobre los contratos de suministro, estimatorio y venta en exclusiva. En el apartado sobre la cosa objeto de venta, además de referirse a la de partes u órganos del cuerpo humano (de la que se ocupara el autor ya en R. G. L. J., 1957, p. 732) se examinan la venta de cosa futura, de buque y aeronave, de aguas, minas y aprovechamientos forestales, de ferrocarriles, viviendas sujetas a protección estatal, etc.

Como corresponde, se trata también particularmente de las cuestiones más discutidas en la doctrina, como la promesa de vender y comprar (1) y los vicios ocultos (2). De modo especial pueden señalarse los estudios hechos sobre el pacto de reserva de dominio, venta a plazos, retracto convencional y legal, venta de herencia y venta de empresa.

Dado el carácter casi enciclopédico de la obra, ofrece algunas partes menos

---

(1) Sobre esta figura, puede verse el reciente y fino estudio de LALAGUNA, *La función negocial de la promesa de venta*, publicado en "Estudios de Derecho civil", en honor del profesor Castán Tobeñas, II, pág. 207, Ed. Univ. de Navarra, 1969.

(2) Sobre esta cuestión, los interesantes estudios de FERCOVIT, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, y de TORRALBA, *Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil*, publicados en este ANUARIO, el primero en XXII, fasc. IV (octubre-diciembre 1969), pág. 777, y el segundo en XXIII, fasc. I (enero-marzo 1970), pág. 123.

elaboradas que las otras. Así, quizá por salirse del tema estricto de la compraventa, ocurre, por ejemplo, en las secciones dedicadas a la capacidad para vender, en donde hace referencia a temas tan disputados y difíciles como el de la interpretación del artículo 1.413 del Código civil.

Debe señalarse especialmente el cuidado con el que se recoge la bibliografía más autorizada y las amplias referencias hechas al Derecho comparado.

En el segundo volumen, como apéndice I, se consideran las especialidades forales de Aragón, Vizcaya y territorio foral de Alava, Cataluña, Baleares, Galicia y Navarra. El apéndice II, titulado Compraventa Internacional, se ocupa primero de "Normas de solución de conflictos internacionales", y en la sección segunda del "Proyecto de Ley Uniforme". Es de esperar que en una nueva edición de la obra se recoja la "Convention portant Loi Uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels" y la "Convention portant Loi Uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels", firmadas en La Haya el uno de julio de 1964 (3).

R.

**EAERMANN, Johannes:** «Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht». Springer-Verlag. Berlin. Heidelberg-New York, 1968; 400 páginas.

Este libro, sobre "Jurisdicción Voluntaria y Derecho notarial", ha sido redactado por quien reúne la doble condición de profesor universitario y de notario; lo que se refleja en la claridad y buen orden de la exposición, junto con la adecuada apreciación de las necesidades de la práctica.

En el prólogo de la obra se indican como razones determinantes de su redacción y publicación, la carencia de un libro que como éste—según se propone el autor—atienda conjuntamente las exigencias de la ciencia, las de la formación y las de la práctica.

Dada la considerable extensión de la materia examinada y lo conciso de la redacción, parece que será lo mejor, para dar una idea de su contenido, el señalar las figuras estudiadas, conforme al orden en que ellas se tratan, teniendo en cuenta su división fundamental en Parte General y Parte Especial.

La Parte General se propone recoger las aportaciones científicas de la dogmática sobre la Jurisdicción voluntaria. El primer capítulo trata de Historia, Fuentes, funcionarios, clases de la Jurisdicción voluntaria, para detenerse al final en el estudio de la esencia y concepto de la Jurisdicción voluntaria. Los siguientes capítulos van examinando: la competencia judicial, las partes, conformación del procedimiento, terminación del mismo, decisiones judiciales, recursos, costes, ejecución y defensa gratuita.

---

(3) Sobre ellas, BARRERA GRAF, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*. México, 1965; del que se publicó una nota bibliográfica en este ANUARIO XX, fasc. II (abril-junio 1967), págs. 387-388. Actualmente la Comisión especial para la unificación del Derecho mercantil de las Naciones Unidas (UNCITRAL) estudia la posibilidad de extender y adaptar dichos convenios, en su caso, al mayor número de países.

La Parte Especial va estudiando una larga serie de cuestiones, agrupadas conforme a una especial tipología que, a veces, a ojos del jurista extranjero puede parecer como un tanto artificial. Procedimientos de protección: tutelas, curatelas, adopción, ejecución testamentaria, juramentos, investigación y custodia de cosas. Procedimientos de seguridad: de herencias, del estado personal, de las situaciones de ausencia y declaración de fallecimiento. Procedimiento de medición: división de herencia, división de bienes conyugales, liquidación de averías, sucesión en el hogar o fundo familiar. Procedimientos registrales: reglas comunes y especiales sobre los Registros; refiriéndose al comercial, a los de corporaciones, de asociaciones, de regímenes patrimoniales de los cónyuges y de muestras. Procedimientos verdaderamente contenciosos; de Derecho privado y de Derecho público. Administración de Justicia protectora, en la que se comprende el Derecho documental y el Derecho notarial. En este último se trata de la Historia del Notariado, Fuentes, Inspección y Derecho disciplinario, Organización y ejercicio profesional.

La íntima conexión de la Jurisdicción voluntaria, los Registros, la documentación y el Derecho notarial con el Derecho sustantivo, hace que esta obra pueda interesar tanto a los especialistas de Derecho procesal, de Derecho notarial como a los estudiosos del Derecho privado.

R.

**CANTELMO, Vincenzo Ernesto:** «La presupposizione nella giurisprudenza italiana». Università degli Studi di Camerino. Istituto giuridico. Testi per esercitazioni. Sezione XI, n.º 7. Milano. Dott. A. Giuffré. Editore, 1969; 47 páginas.

La finalidad tan reducida de este librito (la de las prácticas universitarias) explica que la figura de la presuposición ("Voraussetzung") haya sido tratada de manera muy escueta. Se limita a una mera referencia a la jurisprudencia sobre el Código civil italiano de 1865 y a recoger algunas otras sentencias sobre el Código de 1942, en las que se cita la presuposición. Respecto de alguna de ellas es lástima no se den a conocer los hechos que determinarían la sentencia.

El trabajo termina recogiendo lo dicho en los escritos recientes de Martorano y de Cataudella sobre la presuposición.

R.

**CARUSO, Francesco:** «Le società nella Comunità Economica Europea. Contributo alla teoria della nazionalità delle società». Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1969; 369 páginas.

El Mercado Común ha planteado y sigue planteando difíciles problemas jurídicos. El autor de la obra reseñada se ocupa especialmente del que ofrece el artículo 58 del Tratado de Roma, tarea realizada desde un triple punto de vista, el propio del Convenio de Roma, el de la legislación italiana y el de la Dogmática general del Derecho de Sociedades.

El Tratado de Roma, para la asimilación de las Sociedades a las personas físicas de los Estados miembros, parte del presupuesto de Sociedades constituidas con arreglo a la legislación de cada Estado miembro. De aquí que, después de un primer capítulo introductorio, sobre la noción de Sociedad, acogida en el Tratado, se dedique otro capítulo. y de doble extensión, al punto de vista del Derecho italiano sobre la "nacionalidad italiana" de las Sociedades. El autor, separándose aquí de buena parte de la doctrina, mantiene la tesis de que habrá de considerarse italiana la Sociedad que tenga la sede administrativa o el objeto principal de la empresa en Italia, aunque haya sido constituida en el extranjero. Debiendo advertirse su postura un tanto escéptica respecto al concepto de nacionalidad de las Sociedades, al que considera como "una expresión sintética para indicar la existencia de un presupuesto en virtud del cual la constitución del ente, su personalidad jurídica, las relaciones entre los socios, etc., vienen a estar reguladas por una cierta ley material".

Para que la Sociedad goce de la protección del artículo 58 del Tratado, se requiere, además, que tenga su domicilio social, su administración central o su establecimiento principal en el interior de la Comunidad. Esta conjunción de los requisitos nacionales y de los comunitarios, por su carácter ecléctico y la admitida pluralidad de puntos de conexión, ha sido considerada insuficiente desde el punto de vista del resultado práctico, pues no impide que entes sustancialmente extraños al área comunitaria puedan gozar de los beneficios pactados, y que con ello se asimile a "nacionales" de la comunidad Sociedades que teniendo su sede estatutaria en el interior de la comunidad estén en realidad controladas por dirigentes nacionales de países extraños a la Comunidad. Tanto, que se ha podido señalar el que Sociedades americanas utilizan sus filiales europeas para conceder créditos a largo plazo a los países del Este. También se recuerda, como el Consejo de los Ministros de la Comunidad, al aprobar el Programa general para la suspensión de restricciones a la libertad de establecimiento (18 diciembre 1961), requiere que las Sociedades nacionales de los países comunitarios, para poder abrir agencias, sucursales o filiales en otros países de la Comunidad, habrán de tener "un vínculo efectivo y continuo con la economía de un Estado miembro".

En la imposibilidad de enumerar en el estrecho marco de una reseña todas las cuestiones tratadas por el autor, habrá que limitarla a destacar alguna de ellas.

Por su especial actualidad, puede mencionarse el estudio hecho del Convenio de recíproco reconocimiento de los entes colectivos, firmado en Bruselas en 29 febrero 1968. En el que se establece que los Estados tienen la facultad de no reconocer las Sociedades y las personas jurídicas, que, aunque constituidas conforme al ordenamiento de un Estado contratante, tengan la sede estatutaria y no la efectiva en el ámbito de la Comunidad; más con la restricción para los Estados de no poder usar de tal facultad cuando aquéllas tengan un vínculo "serio" con la economía de uno de los países comunitarios. Término el de "serio" resultado de un compromiso entre tesis contrapuestas de los Estados. También ofrece interés el que, aceptada la reserva del "orden público" de cada Estado, se mitigue aquél, considerando que prima sobre el

orden público lo dispuesto en el Tratado, señalándose a tal efecto, expresamente, la hipótesis de la Sociedad de un solo socio.

Debe señalarse especialmente el estudio hecho sobre la transferencia de la sede de la Sociedad, de un país a otro de la Comunidad, y en su caso, su extinción conforme al Derecho italiano, cuestiones no reguladas por el Tratado de Roma, como también el de la fusión de las Sociedades, respecto de la que se da cuenta del Proyecto preliminar, formulado por los expertos el año 1967.

En fin, la última sección de la obra trata de "la coordinación" de las legislaciones nacionales, ordenada por el Tratado de Roma, sobre las garantías exigidas a las Sociedades para proteger los intereses de los asociados, así como a los terceros (art. 54, 3.º, g). En dicha sección se recoge la tentativa sobre la creación de una "sociedad comercial europea".

Este libro, aunque dedicado directamente al estudio de la regulación de las sociedades en el Tratado de Roma, y a pesar de que en su título se haga referencia tan sólo a la cuestión de la nacionalidad de las Sociedades, tiene mayor alcance, pues contiene importantes consideraciones sobre algunos de los más interesantes problemas del Derecho de sociedades, con especial referencia a la legislación italiana, y siempre con cuidado y amplia información bibliográfica.

R.

**CORSARO, Luigi: «L'imputazione del fatto illecito». Milano. Dott. A. Guifré. Editore, 1969; 172 páginas.**

Este libro se enfrenta directamente con la doctrina del hecho ilícito. Crítica con agudeza las tesis generalmente admitidas por autores y tribunales, para concluir proponiendo una teoría unitaria respecto a la imputación de los actos antijurídicos.

Comienza el estudio crítico con el examen del principio de culpa. Se pregunta el autor cómo, según dicho principio, pueden referirse al agente los acontecimientos dañosos causados por su impericia o por su ignorancia, cuando se limita la culpa a la culpa "consciente". Las mismas fórmulas de "la carencia de tensión de la voluntad" y de "reprobación jurídica de la conducta", inventadas para su respuesta, las estima rechazables, en cuanto son mera "estratagema" para inducir la existencia de una voluntad presunta de no impedir el daño o de realizarlo. Censura de la doctrina común, que verá confirmada en el trato dado por ella a la prueba de la culpa, en los supuestos de la llamada culpa "ex re ipsa", en las presunciones de culpa y en la inversión de la carga de la prueba.

Con el mismo criterio crítico se van estudiando los elementos del hecho ilícito (evento, acto y daño) y la imputación del hecho, causalidad y causalidad adecuada. El lector, por su parte, extrañará que, respecto del daño, se trate sólo del perjuicio económico y no se mencionen siquiera los daños extrapatrimoniales.

El estudio crítico hecho va dirigido a sentar los presupuestos y a justi-

ficar la construcción de la teoría unitaria de la culpa, comprensiva de los supuestos generales y especiales de responsabilidad, que Corsaro nos propone. El "autor" de lo ilícito, nos dice, es aquel cuya conducta es causalmente adecuada para producir el evento injusto; y tal conducta es el conjunto de las acciones causalmente relevantes, según el ordenamiento, para la producción del evento injusto. Concepto que, como se advertirá, permite su utilización en los supuestos no especialmente previstos en la ley.

En relación a "la causa adecuada", señala que se puede considerar autor del evento a quien pone en movimiento o tiene a su disposición el procedimiento causativo del evento. Con el resultado de estimar "autor" del daño injusto al que custodia el animal, al propietario de la cosa, al que custodia el vehículo, al fabricante de la cosa, al ladrón del vehículo que no lo conduce, etc. Entonces, continúa, habrá "causa adecuada" siempre que no se haya hecho lo posible o todo lo posible para evitar el evento injusto.

Respecto a la prueba, considera los supuestos en que el dañado sólo pueda probar el hecho físico causa del evento y la relación anterior entre la cosa y una persona que aparece como autor probable; entonces, le bastará señalar la persona que tenga a su disposición o haya puesto en movimiento el "iter" causal productor del evento.

El autor entiende que la visión unitaria del hecho ilícito es una exigencia imprescindible para el intérprete del Código civil italiano, necesario también para establecer los principios de las legislaciones especiales (Derecho de navegación, Derecho minero, Derecho comunitario) y, por último, para conocer los principios generales del Ordenamiento italiano, al fin de individualizar "los principios generales comunes" a los Estados miembros de la CEE y del EURATOM.

R.

**DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo:** «Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil». Editorial Tecnos, S. A. Madrid, 1969; 216 páginas.

El libro reseñado reúne tres raras y valiosas características. Estudia y comenta con esmero disposiciones legales un tanto descuidadas por los autores. Trata cuestiones del más alto y actual interés práctico. Los problemas considerados se examinan con cuidado y erudición; y también, a menudo, con llamativa originalidad y valentía.

El plan de la obra es claro y atenido a los textos legales. Más de la mitad de sus páginas se consagran a la acción directa del artículo 1.597 del Código civil, a la que también se dedica una muy especial atención. El capítulo segundo se ocupa del derecho de retención del artículo 1.600 del Código civil. Aquí, el autor reacciona frente las Notas de Pérez y Alguer, a la traducción del Tratado de Enneccerus, calificándolas de "clara muestra de su intento desmesurado de encontrar en nuestro Código todas las figuras existentes en el alemán" (p. 125, nota 212). En el capítulo tercero, se estudia el privilegio inmobiliario especial por gastos de construcción, reparación y

conservación de bienes muebles, que establece el artículo 1.922, párrafo primero, del Código civil. Se destaca acertadamente, a nuestro parecer, su finalidad social y económica—general a las figuras estudiadas—de proteger y fomentar la actividad constructiva (p. 149). El último capítulo está referido al privilegio inmobiliario especial de los créditos refaccionarios. Se procura aclarar el sentido jurídico de la frase “créditos refaccionarios” y se trata del mecanismo registral de dichos créditos.

Con estas indicaciones, y con subrayar el interés general de este libro, que, además del especial del tema, toca cuestiones fundamentales del Derecho patrimonial, podrá darse por concluida esta nota bibliográfica; y así pudiera también hacerlo el lector prudente. Más el reseñante ha creído que debía destacar la orientación “muy personal” que el autor adopta al estudiar el artículo 1.597 del C. c., y que el mismo autor destaca repetidamente. Conforme al criterio más autorizado califica de acción directa a la concedida a quienes ponen su trabajo o materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, contra el dueño de la obra, por la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación. Donde se desvía realmente de la opinión común será al entender que dicha acción tiene también una eficacia pre-ejecutiva; es decir, que puede ponerse en ejercicio antes del vencimiento de los créditos, por el temor de una futura insolvencia del contratista (p. 47).

La innovadora doctrina señalada, parece haberse basado fuera de la letra y de la “ratio” específica del artículo 1.597. Se fundamenta en la opinión de que el artículo 1.111 del C. c. se quedó corto, desnaturalizó el contenido del artículo 1.160 del Código francés y no estableció, como debiera, una “verdadera acción subrogatoria”.

Una modesta nota bibliográfica no es lugar para discutir sobre el acierto del legislador de 1889, al redactar dicho artículo 1.111. Sólo ha de recordarse que la acción subrogatoria a “la francesa”, ha creado grandes dificultades a los Tribunales de Francia, que el “favor creditoris”, así conferido, ha sido fácilmente desmesurado, ha permitido una ingerencia peligrosa en el ámbito de libertad patrimonial del deudor, se ha creado y entregado al acreedor una facultad de justicia privada (es decir, sin necesidad de acudir a los tribunales) y se somete al deudor a una especie de tutela, imponiéndole los efectos de declaraciones de voluntad ajena con posibles efectos perjudiciales (respecto al ejercicio de la opción, de los retractos, de las acciones de anulación o rescisión, etc.). Peligro, por tanto, de abusos y excesos, en daño del real o presunto deudor, y hasta sin la garantía de la intervención judicial: ventajas o privilegios en favor del acreedor, en todo caso, sin razón o fundamento claro.

De otro lado, puede preguntarse si el sistema general del ordenamiento español—disposiciones sustantivas y procesales—es en verdad insuficiente para proteger al acreedor, cuando realmente se encuentra en peligro de ver perjudicado su crédito (com. arts. 1.121, 1.129 C. c., 1.397, 1.403, 1.419, 1.428, L. E. C.). A lo que la práctica parece responder negativamente.

La tendencia a una protección desmedida en beneficio del acreedor, puede observarse también cuando se interpreta el alcance de la acción directa del artículo 1.597. Expresivo ejemplo ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo,

fecha de 30 junio 1920. De ella se ha destacado que las "cantidades anticipadas" por el dueño al contratista son ineficaces y que, en consecuencia, el dueño no queda libre de responsabilidad respecto de los proveedores del contratista. Nuestro autor advierte juiciosamente que la protección a estos acreedores "no puede ir tan lejos como para desconocer la justicia, haciendo recaer sobre el comitente los efectos perjudiciales que a aquéllos les produjo un acto de éste, acaso hecho de buena fe y que no encuentra obstáculos en la teoría del correcto cumplimiento de las obligaciones" (p. 98). Poco después, sin embargo, al tratar de la cuestión de la prueba nos dice que ante el enfrentamiento de los intereses de los proveedores y del dueño "debe prevalecer el de los acreedores dotados de acción directa" (p. 100). ¿Por qué? No se nos explica la razón de esta preferencia, como parece hubiera debido hacerse.

Volviendo a la sentencia de 30 junio 1920, convendrá atender a la peculiaridad del caso decidido para explicarnos la razón de la frase destacada. Los dueños del grupo de casas a construir contratan con un maestro de obras, redactándose un largo y detallado documento, en cuya cláusula número 70 se establece que "sería condición indispensable que antes de que el propietario hiciera entrega de cada uno de los plazos (los de los pagos señalados) el contratista presentase los recibos o facturas correspondientes, que acreditasen haber satisfecho el importe de los materiales fijados en la obra". Dicho contrato y su cláusula 70 parece fueron conocidos por "los materialistas e industriales" que trabajaron e hicieron los suministros, que ellos confiaron en el cumplimiento de dicha cláusula (no se indica si el dueño conoció tal confianza), que estuvieron en continuada relación directa con el dueño, y que se vieron sorprendidos por el acto de conciliación celebrado entre el dueño y el contratista, por el que se rescindió el contrato entre ambos y el contratista se daba por pagado de todos sus créditos; hechos que resultaban sospechosos en sí mismos, y más aún unidos a la rebeldía del contratista y a su confesión en favor del dueño.

La doctrina de la sentencia de 1920 no parece que pueda entenderse o ampliarse hasta imponer al dueño, en favor de los suministradores del contratista, una garantía prendaria en los créditos de aquéllos ("pignus nominis"), sin expreso mandato de la Ley, sin límites ni condiciones, siquiera sin aquellos de buen sentido establecidos por la ley, cuando en casos muy especiales ha querido impedir los pagos adelantados en perjuicio de los titulares de acciones directas (comp. art. 1.552 C. c. y art. 15 L. A. U.). El interés práctico de la cuestión puede verse, con sólo pensar en el resultado al que se llegaría, si se aplicase tal criterio a supuestos semejantes o aquel que fuera objeto de una reciente sentencia (S. T. S. 23 abril 1970). El dueño había entregado diversas cantidades a cuenta al contratista, unas al comenzar los trabajos, otras en base a la certificación final; discutido el valor real de la obra realizada, el contratista fue condenado a devolver al dueño 430.203 pesetas, con intereses desde la presentación de la demanda. En el supuesto de la Sentencia, resalta, nos parece, la dificultad e injusticia de no tenerse en cuenta, ante todo, la siempre variable relación de créditos y deudas entre dueño y contratista, para determinar el monto de lo adeudado por el dueño. Los pagos en exceso realizados por el dueño, no pueden sin más reputarse ino-

ficiosos o inoponibles a los suministradores, y estimar subsistentes en favor de estos últimos los créditos que en otro caso tendría el contratista si no existiesen los pagos hechos por adelantado y que resultan en exceso.

Verdad es, y ello no puede silenciarse, que el legislador impone a veces disposiciones exorbitantes; pero nunca sin limitaciones. El autor hubiera podido citar aquéllas por la que en caso de que el empresario sea declarado responsable, si la obra o industria estaba contratada, el propietario responderá de las obligaciones del contratista si éste es declarado insolvente (artículo 97, párrafo 1, D. 21 abril 1966; art. 60, párrafo 6, D. 23 febrero 1967, interpretado por S. 15 octubre 1967, Soc.). Mas aunque aquí se trata de Seguros sociales (tan especialmente privilegiados), se requiere la insolvencia declarada del contratista y se exceptúa el caso de reparaciones en vivienda habitada por el amo de la casa.

Las observaciones hechas, quizá ya de extensión excesiva para una simple nota bibliográfica, no quisiera se entendiesen como crítica negativa al libro reseñado. Todo lo contrario. Se ha creído que no debían ocultarse las dudas nacidas al enfrentarse con las innovadoras interpretaciones del autor, precisamente por la importancia de su contenido y lo razonado de su argumentación. Por ello, y para evitar equívocos, sea permitido insistir, en que, se acepten o no estas o aquellas opiniones del autor, el libro en su totalidad constituye una aportación de calidad a la ciencia jurídica, cuyo estudio y meditación es recomendable a todos los estudiosos del Derecho de obligaciones.

R.

**FEBRES CORDERO, Eloy: «El Registro Civil en Venezuela. Comentarios y Jurisprudencia». Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela, 1969; 271 páginas.**

El Registro civil, a pesar de su importancia intrínseca, ha sido una institución que, fuera de España, se ha descuidado por los autores, con desdichada repercusión en la práctica. La obra del profesor Febres trata de remediar tal estado de cosas en el Derecho Venezolano. Buen conocedor del funcionamiento del Registro civil, por haber sido Juez encargado del Registro, nos dice que pretende remediar las deficiencias actuales en el modo de llevar los asientos de nacimiento, matrimonio y defunción, a cuyo efecto estudia y comenta la legislación aplicable.

El libro reseñado, después de una Historia de la Institución, se centra en el Comentario de los textos aplicables al Registro; los del Código civil (artículos 445-523) y los del Código de procedimiento civil (arts. 698-699). Merecen destacarse, por su interés más general, las consideraciones hechas sobre el valor sustantivo de los asientos (arts. 501-507) y las referencias al problema del momento de la muerte y al correspondiente de los trasplantes de órganos (art. 476).

Completa la obra unas consideraciones críticas sobre el Proyecto de 1966, de Ley de Registro del Estado civil, un resumen de jurisprudencia del Juzgado de Mérida y una serie de modelos de actas del Registro civil.

El carácter práctico del trabajo reseñado, puede explicarnos que no se haya tenido en cuenta la experiencia legislativa española, objetivamente tan importante.

R.

**GARCIA DE ENTERRIA, E.: «Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial».** Madrid, 1970. Editorial Tecnos. Un volumen de 302 páginas.

No es necesario repetir los muchos méritos, publicaciones y calidad de magisterio del profesor García de Enterría ante los privatistas españoles, además de ser un asiduo colaborador del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, quien da muestras de una auténtica vocación de "jurisprudente" en su más amplio y profundo sentido.

La obra que ahora refunde—como precisamente aclara el propio autor—viene constituida por el que fue su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, además de otros tres estudios anteriormente aparecidos que, indudablemente, abordan el tema central de los límites del poder reglamentario de la Administración y del control del mismo por el Juez.

Esta obra, en cuyos estudios se refleja la finura, el estilo y la dialéctica de un profesor avezado, no deja de ser sorprendente la acusación al "jurista de Derecho civil", de no ser plenamente consciente de este fenómeno de la invasión desbordante de las normas administrativas (pág. 7). Quizá la "bruta especialización", de que nos hablaba Ortéga y Gasset, tenga la culpa de la pérdida de visión universalista a que nos está sometiendo el cultivo de una parcela concreta en el campo del Derecho.

Un buen síntoma de hacer justicia es que los propios cultivadores de la ciencia de la Administración se den cuenta de las situaciones irregulares y deformantes, de la actuación abusiva contra los derechos más genuinos e inderogables de la personalidad humana, de su libertad individual y de sus derechos y deberes de actuación personal y social. La civilística tradicional ha venido clamando siempre por su defensa, y las nuevas generaciones no se han contentado con instalarse en el tranquilo *hortus conclusus* de que se les acusa.

Tanto la civilística europea como la española se han inquietado por las cuestiones que se derivan de la agresión provocada por el torrente de una "legislación elefantíaca" (Ripert) o del "empapelamiento del Derecho" (D'Ors) y concretamente de las repercusiones que provoca la Administración económica del Estado en los negocios de Derecho privado (Garrigues, Vallet de Goytisolo, Pelayo Hore, Molina, Moreno Mocholi, Lucas Fernández y otros mercantilistas y civilistas).

Naturalmente faltaba un estudio monográfico de la profundidad de análisis y fuerza crítica como el de García de Enterría en materia de legislación delegada y control judicial, contribuyendo de una manera decisiva a su planteamiento y evidencia. En concreto, son seis capítulos donde se aborda con mano maestra la significación general del control judicial sobre las normas

reglamentarias; hace el planteamiento del problema del control judicial sobre la legislación delegada; presenta el panorama de Derecho comparado respecto al problema del control judicial sobre las normas delegadas (en los países anglosajones, Alemania y Francia); realiza el examen dogmático de la delegación legislativa; muestra las especies de delegación legislativa, y concluye sobre la justiciabilidad de las distintas especies de delegación legislativa.

Complementan el tema central sobre la legislación delegada y el control judicial, aquellas otras cuestiones tituladas como "interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", "recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición" y "observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos".

Los excesos del centralismo administrativo, producto de los regímenes autoritarios, tienen en esta obra su crítica más profunda, sin estridencias, a través de la búsqueda de la autoridad más jurídica que el Derecho posee: los jueces.

En base a los principios genéricos de unos textos político-legales que pueden servir de fundamento a un constitucionalismo *sui generis*, y mediante un análisis minucioso de la casuística jurisprudencial, el profesor García de Enterría trata de llevar a la conciencia de la vida jurídica española la necesidad de atajar las desviaciones de los poderes reglamentarios arbitrarios; de esos poderes que bajo la forma de legalidad van más allá de la propia Ley trastocando sus finalidades básicas de respeto y dignidad a la persona y a su patrimonio.

José BONET CORREA

**PELLICER VALERO, Jesús-Agustín: «El procedimiento sancionador en materias de información y turismo». 194 páginas. Editado por J. Domenech. Valencia, 1968.**

Nos encontramos en presencia de un libro que llena un hueco en la bibliografía jurídico-administrativa española. Eminentemente práctico, pero con una sólida estructura científica, nos hace recordar aquello de que nada hay tan práctico como una buena teoría; a todo lo largo de sus páginas se va desgranando en notas y comentarios la sólida formación jurídica de su autor.

Pone el autor de relieve que el procedimiento sancionador se monta sobre dos vertientes: el respeto a la Ley y la protección de los intereses generales. Expone los caracteres del procedimiento, destacando su tendencia a la procesalización, mediante la sumisión a los principios tradicionales del proceso: oficialidad, legalidad, concentración, inmediatez, forma, escritura y secreto. El procedimiento sancionador del Ministerio de Información y Turismo, es un procedimiento especial, establecido en la O. M. de 22 de octubre de 1952, modificado por la de 29 de noviembre de 1956, que constituye una normativa general comprensiva de todas las materias encomendadas al Departamento.

Empieza haciendo una introducción en la que, después de dar una idea

general del procedimiento sancionador, estudia los preceptos especiales del Ministerio y su ámbito de aplicación: turismo, espectáculos, información, prensa e imprenta, radiodifusión y televisión y publicidad. Trata después de la desconcentración y delegación y, asimismo, de las facultades de los Gobernadores civiles, y fundándose en diversas sentencias del Tribunal Supremo, llega a la conclusión de la imprescriptibilidad de las faltas administrativas a que se refiere el procedimiento estudiado, en virtud de la inexistencia de disposición que establezca la prescripción en esta materia.

Pasa a continuación a estudiar la tramitación del expediente sancionador, distinguiendo las fases de iniciación, instrucción y terminación. Expone los recursos partiendo de los principios generales y estudiando el de alzada, el de reposición, el del revisión o nulidad y la revisión de oficio. Trata, por último, de la ejecución.

Unos índices muy completos de disposiciones vigentes, de sentencias, de resoluciones administrativas, un índice analítico y otro general facilitan el manejo de la obra, de gran utilidad, no sólo para los profesionales del Derecho, sino también para aquellas personas que, por razón de su oficio, se relacionan con el Ministerio de Información y Turismo. Un lenguaje claro y sencillo, comprensible para todos, y una abundante jurisprudencia ordinaria y administrativa, hacen de esta obra un libro que llena plenamente los objetivos que se ha propuesto su autor.

Celestino A. CANO TELLO

**SCUDERO, Michele: «Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra».**  
Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, 1969; 164 páginas.

El tema de este libro es muy limitado; podría decirse se concreta al examen del artículo 7º de la Constitución italiana, que versa sobre la declaración del estado de guerra.

Ha parecido conveniente, ello no obstante, dar cuenta de su publicación, porque esta obra ofrece un interés verdaderamente general (1). En efecto, como el autor lo señala y destaca, la materia elegida para su trabajo ha servido de ocasión para elaborar una teoría general de la delegación legislativa, para revisar las categorías jurídicas en las que hasta ahora se ha ordenado y resuelto dicha institución de la delegación legislativa; en especial, los problemas de la admisibilidad de la delegación obligatoria, de la revocabilidad de la delegación, de los poderes que habrá que reconocer al delegante para delimitar el poder delegado y el de predisponer los instrumentos de control para su ejercicio.

El autor considera que la delegación incide en la dinámica de la ordenación de las competencias (poderes), y que con ella se rompe la correspondencia *normal* entre las autoridades y el ejercicio de las funciones de las que ellos son titulares. Ello supone una variación del ordenamiento, que im-

(1) Sobre la importancia general de las cuestiones sobre la legislación delegada, el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

plica una deformación de la regla, por lo que ha de considerarse siempre de índole excepcional.

R.

**SOTO NIETO, F.: «Derecho vivo. Jurisprudencia comentada». Tomo I, Madrid, 1970. Editorial Revista de Derecho Judicial. Un volumen de 718 págs.**

El ilustre magistrado y conocido publicista Soto Nieto recopila y remozca, en un primer tomo, su labor monográfica de comentarios a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Una labor útil, minuciosa y perspicaz, producto de una viva y esmerada preocupación por hacer justicia en la que los valores morales y la certeza del Derecho son la guía para que la aplicación de la ley adquiera una dimensión humanizada ante el conflicto de intereses.

Con estos estudios se pone de relieve las corrientes doctrinales y jurisprudenciales más destacadas en el ámbito jurídico español, en la que se van reflejando los acontecimientos socio-económicos que van penetrando de nueva savia las instituciones privadas. De aquí que aparezcan en esta obra agrupados temas dispersos, aquellos donde más han incidido las nuevas circunstancias de estructura y de pensamiento, donde las ideas y las técnicas han penetrado con mayor intensidad y desarrollado las relaciones de Derecho.

Para sistematizar esta labor, en torno a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el autor ha recurrido a encuadrarla en rúbricas más generales. Para los privatistas hay que señalar las que quedan comprendidas bajo los títulos "Derecho civil", "Derecho mercantil" y "Derecho hipotecario".

Se deben destacar los títulos sobre "Derecho civil" y "Derecho hipotecario", donde aparecen los estudios siguientes: I. Interrupción de la prescripción extintiva por actuación judicial.—II. Propiedad horizontal; participación de los locales comerciales en los gastos de servicio de portería; cláusula de exención en los estatutos.—III. Valoración de la sentencia penal en el juicio en que se ejercite la acción civil dimanante del delito.—IV. Indemnización por daños morales.—V. Prescripción de la acción indemnizatoria.—VI. Tendencias objetivistas de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—VII. Nuevas consideraciones sobre el sistema de la responsabilidad objetiva en la jurisprudencia en la ley.—VIII. Daños originados por vehículos de motor; cauces procesales para el ejercicio de la "acción directa" contra el asegurador.—IX. Función y alcance del seguro obligatorio en el seno del proceso penal.—X. Las entidades y corporaciones de la Seguridad Social ante el accidente automovilístico.—XI. Conjunción de responsabilidades contractual y aquiliana; problemática frente al sistema objetivista incorporado a la ley sobre uso y circulación de vehículos de motor.—XII. Estimación jurídica del silencio.—XIII. Caracteres de la novación modificativa de las obligaciones y su distinción de la novación propia o extintiva.—XIV. Simulación contractual; donación encubierta bajo la forma de compraventa.—XV. Simulación; legitimación activa para la impugnación del contrato simulado; herederos forzosos y voluntarios.—XVI. Arrendamiento de solares.—XVII. Interferencia de la legislación urbanística en la ordenación arrendaticia urbana.—XVIII. Locales destinados

al ejercicio de una actividad profesional.—XIX. Arrendamiento otorgado por el usufructuario o el propietario hipotecante.—XX. Las cláusulas de estabilización y el contrato de arrendamiento urbano.—XXI. Las reparaciones necesarias en relación con las causas de resolución del arrendamiento por destrucción de la vivienda o local de negocio o declaración de ruina de la finca.—XXII. Reconocimiento forzoso de la paternidad natural; alcance y requisitos del “escrito indubitado” del padre.—XXIII. Aspectos del reconocimiento del hijo natural.

Por último, bajo el título “Derecho mercantil”, se insertan dos estudios: la llamada “letra de favor o complacencia” y el de la sociedad mercantil irregular.

La obra queda perfectamente acabada con sus índices, el cronológico de jurisprudencia, el de autores citados, el de disposiciones legales, el analítico de materias y el sistemático, lo que facilita su manejo y aumenta su utilidad para la consulta y el hallazgo de cualquier aspecto concreto.

José BONET CCRREA

**ZAMPETTI: «Il finalismo nel Diritto. Verso una concessione personalistica dell'ordenamento giuridico». Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore, 1969; 147 páginas.**

El profesor Zampetti, comienza diciéndonos que su obra ha de considerarse complemento de otra anterior, dedicada a la justicia en el protestantismo alemán contemporáneo; y que éste, su nuevo estudio, espera ofrezca un panorama completo y exhaustivo de las perspectivas metodológicas y culturales de la Alemania de hoy.

El libro que nos ocupa —no conocemos el anterior citado— contiene continua y amplia referencia a la doctrina alemana. Mas se advierte que ella se hace con una llamativa preponderancia de la producción científica penalista. Unilateralidad de la exposición que se explica por el hecho de que, de los seis capítulos en los que se divide la obra, cuatro de ellos se ocupan de cuestiones vistas casi exclusivamente desde el ángulo de la dogmática del Derecho criminal. Ellos se titulan: “valoración de la acción dolosa”, “valoración de la acción culposa”, “la valoración del querer”, “la teoría del dolo y de la culpabilidad”.

Para el no especialista en Derecho penal, resultará más interesante lo dicho en la introducción, capítulo primero (sobre “valoración e imperatividad de la norma jurídica”), capítulo sexto (“valoración y valor”), conclusiones y apéndice, en que se resume su opinión sobre concepto y naturaleza del Derecho. Lo que se hace, en esta y en la otra parte del libro, contrastando la propia con la del penalista Wenzel: en ocasiones, aceptada y defendida, y en otras, examinada críticamente y rechazada.

El finalismo, se afirma, puede fundar una nueva doctrina metodológica; producir una verdadera “revolución copernicana”. El normativismo positivista centra el Derecho en el Estado y en la norma estatal; frente a él se predica

que el Derecho sea centrado en el individuo y en la elección que éste haga. El finalismo propuesto no se refiere al fin de la ley, sino a la finalidad del individuo ("causalidad humana"). La norma será una regla que se ofrece a la "elección" del individuo, su destinatario. Es una valoración y un juicio de valor que se ofrece a la valoración del individuo, quien, después de conocerla, elegirá entre su aceptación o su repudiación. El destinatario es el verdadero "iudex" o decisor. De ahí, la importancia que cobra el problema del conocimiento actual o potencial de la norma, y que se piense que el individuo está tenido al esfuerzo de conocer las normas. El legislador hace "una valoración pre-jurídica", que eventualmente puede o no hacerla propia el destinatario. El juez atiende a la voluntad de acción del individuo, a la formación de la voluntad del sujeto; no debe colocarse exclusivamente en el punto de vista de la norma, sino en el de la norma vista en relación a la voluntad de acción del agente; no juzga o elige, sino que ha de limitarse a conocer la norma, el hecho y la valoración del destinatario, y, en su base, establecerá la sanción. De este modo, se concluye, habrá de cambiar el punto de vista de la ciencia jurídica; su objeto no es sólo la norma, sino la norma en relación con el hecho (acción y valoración del individuo).

Como anteriores pretendidas "revoluciones copernicanas", la que ahora nos ocupa es una reacción contra excesos dogmáticos del normativismo, que resulta desmesurada y parcial. Es cierto que el Derecho es para y por el hombre; mas el hombre no es el individuo aislado, no es sólo "ser social", sino que es "persona *en* la sociedad"; de una sociedad impregnada por normas jurídicas. Leyes, usos, principios, no sólo sirven para que el individuo juzgue y elija conducta y para que el juez, en su caso, la sancione; ellas originan creencias, temores, prejuicios, que inconscientemente más que conscientemente crean el ambiente social que juzga de las conductas individuales. Es también la sociedad, como realidad viva, la determinante y la responsable de la recepción o del rechazo directo o indirecto de las normas legales. Este juego entre sociedad (pasiva y activamente) y Estado, hace que el valor de las normas no pueda reducirse a la voluntad del legislador; pero tampoco a materia de elección para cada individuo y a resorte mecánico para la tarea sancionadora de los jueces. Las normas jurídicas tienen o deben conservar su vieja misión de educadoras y orientadoras para una mejor convivencia entre los hombres en una determinada organización social.

El autor nos dice también que reivindica un nuevo concepto del Derecho natural. Niega consista en un sistema de normas. Lo basa en la naturaleza racional del hombre. Por ejemplo, la esclavitud es condenable como contraria es "la estructura ontológica del hombre"; contradice a la lógica que se considere al hombre como una cosa. En este sentido, acepta ideas de Wenzel, como confirmadoras de sus afirmaciones: el ordenamiento jurídico tiene un límite, ya que si se dirige al individuo, y el individuo es persona, las normas que no respetan la persona humana dejan de ser jurídicas y, consiguientemente, de obligar (1).

---

(1) Recoge también las observaciones de Wenzel —rebatiendo la crítica de Engich— de que las estructuras ontológicas a las que se refiere, funcionan de límite, de fuerza plasmadora del Derecho; mientras que las doctrinas del Derecho natural pertenecen al mundo de "las ideologías".

Estas últimas afirmaciones son en buena parte exactas y bien razonadas. Es lástima que parezca olvidarse el significado social organizador de las reglas jurídicas (2). También son contrarias al Derecho natural, antijurídicas o injustas, las reglas que crean o mantienen estructuras sociales que son o resultan contrarias a una sana o natural organización social, que no atienden debidamente al bien común. Recuérdese el fenómeno, tantas veces repetido en la historia, de la degradación social; cuando la clase rectora, que lo fuera por su iniciativa y eficacia, por su dedicación y sacrificio en beneficio de la comunidad, se convierte en detentadora y explotadora del poder, para su disfrute egoísta, en propio beneficio y daño de la generalidad del pueblo.

R.

---

(2) En este respecto, parece que Zampetti reduce su individualismo al recoger la observación de Wenzel, de que el ordenamiento tiene un valor, en cuanto consiente más libre coexistencia de los individuos, ya que si se dejase prevalecer la conciencia de los individuos, se disolvería el mismo ordenamiento y se llegaría a la anarquía.

# REVISTAS

A cargo de BERCOVITZ, RODRIGUEZ CANO, Rodrigo  
MORALES MORENO, Antonio Manuel  
SOLIS VILLA, Ignacio

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general

FLORES MICHEO, R.: *El Derecho y sus aficionados*, RCDI, año XLI, núm. 75, noviembre-diciembre 1969; págs. 1473 a 1501.

Es un fenómeno perceptible que el Derecho despierta interés más allá de las fronteras de sus cultivadores. Este fenómeno social, presentado por el autor a través de anécdotas, le lleva a sentar algunas conclusiones.

SIEBERT, Wolfgang: *Relaciones contractuales de hecho*, RCDI, año XLVI, núm. 477; marzo-abril 1970; pág. 277.

Existen en este punto dos grupos de problemas. De una parte las prestaciones referidas a la atención de las necesidades vitales ("Daseinvsorge") y de otro las relaciones de sociedad y trabajo ejecutadas voluntariamente, pero con un defecto inicial básico.

En el terreno del "cuidado de las necesidades vitales" las relaciones son encuadrables dentro del Derecho contractual del BGB. En este orden de relaciones contractuales la declaración de voluntad del que participa en el tráfico, expresada a través de una conducta social típica, se destaca de la voluntad individual subjetiva, hasta tal punto que la disparidad entre declaración y voluntad no confiere necesariamente derecho a la impugnación de la relación.

En el terreno de las relaciones de sociedad o de trabajo la nulidad o anulabilidad del contrato no lleva normalmente consigo una eficacia retroactivamente extintiva, si de hecho ha funcionado la relación jurídica. Hay que poner restricciones a lo dicho, cuando se produzca un choque con las prohibiciones legales absolutas o con las buenas costumbres.

SILVA MELERO, V.: *La interpretación judicial en las orientaciones contemporáneas*, RDP, octubre 1969; pág. 731 a 739.

La vigencia en nuestra época, caracterizada ciertamente por sus vertiginosos y profundos cambios sociales, del deber judicial de resolver todo asunto planteado, ha hecho actual el viejo tema de la interpretación judicial del Derecho. El autor cree que sin necesidad de creaciones extralegislativas del Derecho, cabe una jurisprudencia con aperturas innovadoras, aunque ello encuentra resistencia en ciertos ambientes por entender que se opone a los principios de legalidad y certeza.

## 2. Derecho de la persona

AMODIO, Ennio: *Diritto alla riservatezza e pubblicità delle udienze*, RDMSP., julio-diciembre 1968; págs. 624-632.

El autor estudia los límites que hay que imponer al principio de publicidad de los procedimientos judiciales en base al respeto debido a la vida íntima de las personas.

CRISCUOLI, Giovanni: *Violenza fisica e violenza morale*, RDDC, marzo-abril 1970; págs. 127-191.

Examen de los diversos criterios de distinción entre ambas figuras, así como de las diferentes consecuencias jurídicas de las mismas, tanto desde el punto de vista del derecho anglosajón, como desde la perspectiva italiana.

GUARDIA CANELA, José D.: *Capacidad procesal de la mujer casada catalana*, RJC, núm. 4 de 1969; págs. 849-865.

Partiendo de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1968, el autor pretende interpretar el artículo 49 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña en relación con la LEC y el Código civil en materia de capacidad procesal de la mujer casada. Para lo que se ocupa previamente de fijar el concepto en cuestión de capacidad procesal.

VINEY, Geneviève: *Reflexions sur l'article 489-2 du Code Civil*, RTDC, abril-junio 1970; págs. 251-267.

La reforma del artículo 489 del Código civil francés por la Ley de 3 de enero de 1968, al negar el principio tradicional de la irresponsabilidad civil del inconsciente, organiza un nuevo sistema de reparación de los daños por éste causados. Al afectar de modo decisivo a las nociones de "fuerza mayor" y de "falta civil", constituye el germen de profundos cambios en el sistema total de la responsabilidad civil.

## 3. Derechos reales

RAVA, Tito: *Il sistema del Diritto civile di fronte all'azienda*, RDC, enero-febrero 1970; págs. 1-9.

Se trata de hallar la colocación sistemática del estudio de la "azienda", decidiendo sobre la opción existente entre Derecho civil y Derecho mercantil.

#### 4. Obligaciones y contratos

BIGIARI, Walter: *Dolo e "sorpresa" nell'imputazione dei pagamenti*, RDCC, marzo-abril 1970; págs. 81-100.

El artículo 1.195 del Código civil italiano, establece el dolo y la sorpresa como causas de impugnación de la imputación de un pago, a una determinada deuda, hecha por el acreedor en un recibo que acepta el deudor. Se estudian las diversas acepciones que puede tener la noción de "sorpresa", relacionándola con la de dolo, concluyendo en el sentido de que no es nuevo vicio autónomo. Después de examinar el problema del plazo para ejercer dicha acción, se plantea el autor si la enumeración del artículo 1.195 es exhaustiva, o si cabe admitir la relevancia de otros vicios posibles, como la violencia y el error, pronunciándose en este último sentido; con ello se adopta una posición semejante a la de nuestro Código civil que, en su artículo 1.172, se refiere genéricamente a "causa que invalide el contrato".

GARCÍA BERNARDO LANDETA, A.: *Piso futuro y viviendas acogidas*, RCDI, año XLVI, núm. 478, mayo-junio 1970; págs. 731 a 750.

Se estudian los negocios jurídicos cuyo objeto es un piso o local de negocio meramente proyectado o futuro e integrante de un edificio acogido o protegido. Los principales problemas tratados son: La agrupación de promotores y la tutela de su derecho sobre el piso futuro, la permuta del solar por locales de negocio o pisos futuros a construir sobre él, venta de pisos futuros.

KÖRZ, Hein: *Haftung für besondere Gefahr*, ACP, enero 1970; págs. 1-41.

El autor aboga por una ampliación de la responsabilidad (establecimiento de una responsabilidad objetiva) de los titulares de instalaciones o empresas de las que deriven necesariamente peligros especiales.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis: *Contratos agrarios*, T, núm. 23, 1968: págs. 11-31.

En este estudio sobre la construcción jurídica que corresponde a los contratos agrarios, el autor establece los siguientes datos básicos de los que se debe partir: estos contratos agrarios tienen de común y se califican por el hecho de referirse a una finca agrícola; la empresa agrícola y su teoría es el ámbito en que se mueven todos los contratos agrarios, y su finalidad y su dinamismo condicionan los elementos personales, reales y causales del contrato agrario; finalmente, aún enmarcando los contratos agrarios dentro del Derecho privado, ofrecen una cooperación de factores asociativos de tiempo, costumbre y normas imperativas, que les dan una especial fisonomía propia.

## 5. Derecho de familia

MONETA, Paolo: *Il valore di un'unica sentenza di nullità dopo la morte del coniuge*, RDMSP, julio-diciembre 1968; págs. 600-624.

A partir del canon 1987, se establece el principio según el cual la nulidad del vínculo matrimonial debe ser declarada, para que sea jurídicamente operante, por dos sentencias pronunciadas por tribunales de distinta instancia. El autor estudia el caso en el que después de la primera sentencia se produce la muerte de uno de los cónyuges.

REINA, Victor de: *Matrimonio canónico y civil de los cristianos, Presupuestos doctrinales*, RDP, noviembre 1969; págs. 836 a 870.

En el trabajo se abordan los siguientes aspectos del tema: El consentimiento formal, emisión y recepción del consentimiento, sentido de la evolución histórica, realidad sacramental y forma canónica, jurisdicción civil y matrimonio cristiano, las distintas soluciones técnicas, referencia a la legislación matrimonial española.

RICCIO, Stefano: *Il Diritto di procreazione nella costituzione*, RDMSP, julio-diciembre 1968; págs. 493-547.

En este artículo se estudian en apartados sucesivos los sistemas de normas sociales sobre la procreación, la paternidad y la maternidad responsables; la libertad de fecundación en el ordenamiento natural; la función procreadora como bien de la vida; la dignidad del hombre como límite de la validez de normas jurídicas sobre la procreación; la inconstitucionalidad de una ley que permita el control de la natalidad.

ROVERA, Virginio: *Il matrimonio religioso nel sistema concordatario italiano*, RDMSP, julio-diciembre 1968; págs. 548-576.

El autor trata de resolver si la Iglesia puede consentir excepcionalmente el matrimonio simplemente canónico pero no concordatorio, es decir, aquel matrimonio que, celebrado canónicamente, no alcanza eficacia civil al no realizarse la transcripción correspondiente.

TORRALBA SORIANO, V.: *Las expensas útiles del apartado primero del artículo 1.404 del Código civil*, RCDI, año XLVI, núm. 476, enero-febrero 1970; págs. 93 a 118.

La tesis del autor se encierra en estas consideraciones. Si las expensas se emplearon en realizar reparaciones mayores, la utilidad es igual al gasto, pues de no hacerlo la sociedad, tendría que haberlo realizado el propietario. Si se

realizan mejoras, la utilidad para el propietario se encuentra sólo en el aumento de valor y, por ello, sólo en esa medida deberá recompensar a la sociedad, salvo que el aumento sea superior al gasto, pues en tal caso la recompensa será igual a lo gastado. Las impensas de lujo serán abonables si han producido algún aumento de valor, en la medida de ese aumento y con el límite máximo de lo gastado. Resulta en este punto aplicable el artículo 454 Código civil.

VANNICELLI, Luigi: *Per uno studio dell'essenza e del fine del matrimonio alla luce della Gaudium et spes in prospettiva di ius condendum*, RDMSP, julio-diciembre 1968; págs. 577-599.

Se estudia la incidencia de la Gaudium et spes en el canon 1.013 del Codex, al eliminar la rígida jerarquía de los fines matrimoniales contenida en el mismo.

## 6. Derecho de sucesiones

D'ANTONIO, Adriana: *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, RDDC, marzo-abril 1970; págs. 101-126.

La regla sabiniana, relativa a las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales en las disposiciones testamentarias, constituye una excepción frente al régimen de la condición en el negocio jurídico en general. Se estudia aquí su fundamento, que reside para la autora no tanto en la naturaleza mortis, causa del testamento, como en la especial relevancia de algún motivo, concurrente con el que ha determinado la condición, y que justifica la aceptación de la disposición como pura y simple.

CRISTÓBAL MONTES, A.: *El beneficio de separación en el Derecho español*, RCDI, año XLVI, núm. 476, enero-febrero 1970; págs. 65 a 91.

El Código civil español no recoge la regulación del "beneficium separatio-nis" del Proyecto de 1851 y por ello son abundantísimas las opiniones doctrinales al respecto, que tratan de explicar o suplir dicha ausencia. El autor opina que en el Derecho sucesorio español late la idea de carácter preferente de los créditos contra el caudal relicto sobre los créditos contra el heredero, como prueba la existencia de los procedimientos de "ab intestato" y testamentaria, a través de los que se logran los resultados propios de la "separatio bonorum".

ROVIRA JAËN FRANCISCO JAVIER: *En torno a las deudas de la herencia*, RCDI, año XLV, núm. 475, noviembre-diciembre 1969; págs. 1573 a 1601.

Recientemente el interesante trabajo de Manuel Peña y Bernaldo de Quirós, "La herencia y las deudas del causante" (Madrid, 1967), ha venido a defender en materia de sucesión la responsabilidad "intra vires" del heredero y la persistencia de la autonomía del patrimonio hereditario. La importancia de ese

trabajo puede justificar otros, como el presente, dedicado a la exposición de las ideas cardinales sostenidas por Peña, con notas críticas sobre el estado de la doctrina existente con anterioridad.

## II. DERECHO HIPOTECARIO

BONILLA Y ENCINA, Juan Francisco: Titularidades limitadas, RCDI, año XLVI, núm. 477, marzo-abril 1970; págs. 407 a 446.

Los derechos de tanteo y retracto convencionales y el derecho de opción son aquí estudiados en relación con los problemas que plantea su inscripción en el Registro de la Propiedad.

RICA Y MARITOREÑA, R. de la: *Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria*, RCDI, año XLVI, núm. 478, mayo-junio 1970; págs. 703 a 730.

Frente a las posiciones doctrinales que admiten un doble sistema de protección al tercero en la mecánica del Registro de la Propiedad, se señala en el presente trabajo que el tercero hipotecario es único, de origen germánico y depositario de la fe pública registral.

VILLARES PICO, Manuel: *La legitimación registral se refiere a todos los elementos de la relación jurídica inscrita*, RCDI, año LXVI, núm. 477, marzo-abril 1970, págs. 389 a 406.

Se extiende el campo de la legitimación registral: 1.º A las circunstancias relativas al objeto del Derecho. 2.º A las circunstancias personales del sujeto del derecho inscrito. 3.º Al derecho real que publica el Registro. 4.º Al acto o contrato (título en sentido material y formal).

## III. DERECHO MERCANTIL

### 1. Parte general

RIVAS GARCÍA, F. J.; CHACÓN YERÓN, J.: *El Registro mercantil*, RCDI, año XLVI, núm. 478, mayo-junio 1970; págs. 635 a 701.

Sobre el Registro mercantil estudia: Precedentes, concepto, fuentes legales, organización actual, la publicidad, los libros del Registro y el modo de llevarlos el objeto de la publicidad mercantil.

### 2. Comerciantes y sociedades

CORAPI, Diego: *Il procedimento assembleare e la sua documentazione nella società per azioni americane*, RDC, enero-febrero 1970; págs. 31-44.

En este trabajo se exponen las fuentes del derecho de sociedades de los Estados Unidos, la posición de la asamblea de accionistas en las sociedades por

acciones americanas, el procedimiento de la asamblea y la documentación de sus deliberaciones.

PORTALE, Giuseppe B.: *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, R.S, enero-febrero 1970; págs. 33-94.

El autor impugna la tesis según la cual las aportaciones de los accionistas (así como la de todos los socios con responsabilidad limitada) antes de ser un factor de producción de lucro han de ser consideradas como garantía de los acreedores de la sociedad.

SERRANO TERRADES, J.: *Uniones de empresas*, RCDI, año XLVI, núm. 476, enero-febrero 1970 págs. 9 a 36.

La abundante legislación que en los últimos años ha tratado de favorecer en España las uniones de empresas, se caracteriza por ser coyuntural, fragmentaria, estimulante, fiscal, administrativa, excepcionalmente substantiva y no autónoma. Tras señalar el autor las ventajas de la gran empresa y aspectos fiscales de la misma, trata de la "Sociedad de empresas" y la "Agrupación temporal de empresas".

### 3. Cosas mercantiles

CAMPOBASSO, Gian Franco: *La firma cambiaria extravagante*, RDC, enero-febrero 1970; págs. 44-75.

El autor estudia el sentido que habrá que dar a las firmas cambiarias que no entren en alguno de los supuestos previstos por la ley, defendiendo, frente a los que niegan a esas firmas toda eficacia, y frente a los que ven en ellas una firma de aval, la postura según la cual esas firmas "extravagantes" dan vida a una obligación cambiaria de garantía en sentido amplio, calificable como garantía atípica, por contraposición a la garantía típica constituida por el aval.

FORNIES BAIGORRI, Ascensión: *Títulos valores. Regimen jurídico actual en Europa y América de los documentos cambiarios. Trabajos dirigidos a obtener su uniformidad legislativa*, TEMIS, núm. 23, 1968; págs. 33-49.

Después de un breve examen de la historia del Derecho cambiario y de las líneas fundamentales de las legislaciones vigentes en Europa y América se pasa a exponer los trabajos realizados para obtener la unidad legislativa en materia cambiaria en las Conferencias internacionales de La Haya de 1910 y 1912 y en las Conferencias internacionales de Ginebra de 1930 y 1931.

#### 4. Obligaciones y contratos

GIORGIANNI, Francesco: *Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo*, RDC, enero-febrero 1970; págs. 10-30.

El autor estudia los efectos que se producen sobre la posición del depositante como consecuencia de la atribución a un tercero de la facultad de operar en los depósitos bancarios. También estudia la naturaleza de dicha atribución, rechazando la tesis del contrato a favor de tercero y considerando que se trata de una cesión del contrato.

#### 5. Derecho marítimo y aéreo

FOSSAR, E.: *Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima*, RCDI, año XLV, núm. 475, noviembre-diciembre 1969; págs. 1503 a 1572.

El trabajo estudia una serie de muy variadas cuestiones en torno a la problemática jurídica del buque.

POLO, Eduardo: *Alcance de la responsabilidad del fletante y del porteador por falta de navegabilidad inicial del buque*, RJC, núm. 4 de 1969; págs. 867-912.

Este trabajo se divide en cuatro partes cuyos epígrafes son los siguientes: la innavegabilidad como presupuesto del problema, el fundamento de la responsabilidad en el Código civil, el sistema de responsabilidad en la Ley sobre Transporte marítimo de mercancías de 22-XII-1949, y la responsabilidad en el Reglamento de Reconocimiento de Buques y Embarcaciones mercantes de 23-VII-1959.

### V. DERECHO PROCESAL

#### 1. Introducción

HAMAQOUI, Ernest: *A la recherche d'un critère d'application de la loi du 31 Décembre 1957, en cas de dommage ayant un lieu avec une opération de travaux publics*, RTDC, abril-junio 1970; págs. 268-282.

Se trata de encontrar un criterio, que permita resolver el conflicto de competencias planteado entre los Tribunales ordinarios y los administrativos, respecto de las acciones para obtener la reparación de los daños causados por máquinas-herramientas y otros vehículos que intervengan en la realización de un trabajo público. Para ello, se intenta deslindar el ámbito de aplicación de las leyes de 28 —Pluvioso— del año VIII y de 31 de diciembre de 1957.

## CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).  
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).  
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.  
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).  
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).  
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.  
 ECAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.  
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).  
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).  
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).  
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).  
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.  
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.  
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).  
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.  
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Dinitto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).  
 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-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches 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 Commerciali e del Diritto Generali delle Obligazioni (Milán).  
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).  
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLG = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).  
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
 RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).

- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (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 Commercial (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **El cumplimiento defectuoso y la responsabilidad por vicios del suelo en el contrato de obra**

#### **Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1970**

**CONTRATO DE OBRA: CONSTRUCCIÓN DEFECTUOSA. RESPONSABILIDAD POR VICIOS DEL SUELO:** *No cabe atribuirle al redactor de un proyecto hecho antes de que el encargo se efectuase sin probar que su autor fue el verdadero director de hecho de la obra, careciendo, además, el documento en que dicho proyecto consta, del carácter de auténtico a los fines específicos de la casación.*

**LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *Carece de ella el arrendatario de la finca en cuanto que no ha probado, ni su cualidad de tal, que habría podido justificar su intervención, ni la de parte en el contrato de obra.*

**RESOLUCIÓN DE CONTRATO: ARTÍCULO 1.124 C. c.:** *El resultado defectuoso e inútil, en cuanto completamente inservible, de las obras efectuadas por la casa constructora, por causas exclusivamente a ella imputables, constituye incumplimiento del contrato, el cual puede ser resuelto, al amparo del art. 1.124 del C. c., por el comitente que puntualmente cumplió con su parte contractual.*

**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS:** *Manifiesto el deliberado propósito de la casa constructora de no cumplir con el deber que contrajo, procede la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, según dispone el artículo 1.124 del C. c. (Sentencia de 19 de febrero de 1970: Ha lugar en parte).*

#### I. ANTECEDENTES

El comitente había concertado con la empresa demandada la construcción, en una finca de la propiedad del primero, de un complejo agrícola compuesto por diversas edificaciones y una fábrica de aceites. En los tratos preliminares (en los cuales, y a lo largo de toda la relación contractual, intervino también el arrendatario de la mencionada finca, pero en cualidad que no se pudo determinar con claridad), el comitente proporcionó a la empresa constructora unos proyectos del futuro complejo de los que eran autores un arquitecto y un ingeniero, ambos ajenos e independientes de la casa constructora. El encargo fue definitivamente concertado después de sucesivas modificaciones y reducciones de los mencionados

proyectos, efectuadas por técnicos dependientes de la casa constructora, la cual se dispuso a la realización de las obras bajo la exclusiva dirección de estos últimos. El comitente fue abonando las cantidades que, a cuenta de la suma pactada como precio, se iban facturando. Como quiera que las obras resultaron inservibles al presentar grandes defectos debidos al estado, condiciones y calidad del terreno (llamado «de bujeo») sobre el que se efectuaron, el comitente suspendió los abonos, y, juntamente con el arrendatario de la finca, interpuso demanda en la que pedía, al amparo del artículo 1.124 del Código civil, la resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, con la consiguiente devolución de las cantidades abonadas, además de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La empresa constructora fundó su oposición en que tales defectos se debieron a vicios del suelo, la responsabilidad por los cuales atribuye el artículo 1.591 del Código civil, no al constructor, sino al arquitecto que hubiera dirigido técnicamente las obras. El Juez de Primera Instancia, aceptando este criterio, desestimó totalmente la demanda.

Apelada la sentencia, la Audiencia, estimando por una parte la falta de legitimación activa en el arrendatario por cuanto no había podido demostrar su cualidad de tal, condenó, por la otra, a la casa constructora a la indemnización de daños y perjuicios como responsable de la «ruina incipiente» de las edificaciones, sin hacer pronunciamiento en cuanto a la resolución del contrato.

Esta sentencia fue recurrida en casación por ambas partes. La demandante motivó su recurso en la falta de pronunciamiento sobre la solicitada resolución del contrato, y, además, en que la legitimación activa no le venía dada al arrendatario por su cualidad de tal, sino por la de parte que había sido en el contrato. La entidad demandada fundamentó el suyo en la intervención en las obras de técnicos ajenos a la misma, no pudiendo por tanto asumir aquélla la responsabilidad que a éstos debió atribuirse por los vicios del suelo.

El Tribunal Supremo desestimó totalmente el recurso de la parte demandada, y estimó el del actor por el único motivo que se refiere a la resolución del contrato.

## II. COMENTARIO

1. *Las relaciones entre los artículos 1.124 y 1.591 del Código civil, en caso de cumplimiento defectuoso del contrato de obra.*—Entre los interesantes aspectos que la presente sentencia ofrece, es, en primer lugar, curioso constatar cómo el pleito ha tenido un desarrollo no excesivamente claro por lo que a la fundamentación jurídica se refiere. El actor ejercita en su demanda la acción de resolución derivada del art. 1.124 del Código civil, a lo que se opuso la demandada alegando la distribución de responsabilidades que establece el artículo 1.591 del Código civil. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo este último argumento. La Audiencia Territorial, en cambio, condenó a la demandada como responsable de la «ruina incipiente», y omitió cualquier pronunciamiento relativo a la resolución del contrato. Las partes, en sus respectivos recursos, insistieron sustancialmente en los primitivos fundamentos de Derecho. Y, por último, el Tribunal Supremo construye su decisión sobre un acopio de argumentaciones

que no proporcionan una clara visión acerca de las relaciones entre los invocados. artículos 1.124 y 1.591.

En el caso presente, ¿cuál es la especificidad, si existe, del artículo 1.591 frente al 1.124?; ¿era el supuesto de hecho aquí contemplado, indiscriminadamente susceptible en ambos preceptos?; ¿coinciden éstos en su ámbito de aplicación?; ¿qué relación se da entre el cumplimiento defectuoso, de un lado, y la «ruina incipiente» a que, de otro, aludió la Audiencia Territorial?

Una primera precisión se hace necesaria, y es la de que los defectos de la obra realizada, que se manifestaban al exterior por las notables grietas que presentaban las edificaciones, eran de entidad suficiente para comprometer la solidez y estabilidad de las mismas, por lo que, haciéndolas además impropias para el uso a que se destinaban, son constitutivos de cumplimiento defectuoso que, sin obstáculo alguno, equivale a incumplimiento de la obligación contractual. Pero, además, y por esas mismas circunstancias, tales defectos pueden sin dificultad entenderse comprendidos en el concepto de «ruina» utilizado por el artículo 1.591, pues es éste un concepto que no parece deba ser interpretado según el significado estricto de la palabra (1). Sucede, entonces, que el supuesto contemplado ofrece la característica de constituir, a la vez que el hecho generador de la responsabilidad sancionada por el artículo 1.591, un incumplimiento contractual suficiente para hacer nacer la acción de resolución que el artículo 1.124 impone para el caso de las obligaciones recíprocas. Lo cual nos sitúa en un terreno un tanto confuso, en el que hay que preguntar si la acción de resolución prevista por el artículo 1.124 se halla sujeta, en casos como éste, a los mismos requisitos que establece el artículo 1.591. Una respuesta afirmativa tendría su obstáculo en la circunstancia de que, si por un lado la acción establecida por el artículo 1.124 es de indiscutible naturaleza contractual, no cabe decir lo mismo respecto de la que surge del 1.591, de la cual no sólo se ha sostenido su naturaleza extracontractual (2), sino que, en todo caso, no se duda en reconocer sus caracteres de excepción dentro del régimen de las acciones contractuales. Y si ponemos en conexión el supuesto de hecho mencionado con el segundo párrafo del artículo 1.591 (que habla de «la falta del contratista a las condiciones del contrato», por lo que sería perfectamente adecuado al caso), la cuestión se hace aún más problemática, pues no ha sido suficientemente dilucidado por la doctrina el significado y especificidad

---

(1) Advierte Mo. "El contrato de construcción privada" (Buenos Aires, 1959), pág. 209, que "con este criterio la doctrina y jurisprudencia han consagrado que la «amenaza de ruina» es suficiente para que nazca la responsabilidad del constructor, siempre que tal amenaza parezca como un peligro que no deje dudas respecto de que la ruina se producirá. No se exige tampoco una destrucción repentina; por el contrario, puede tratarse de una degradación gradual que comprometa en tal forma la existencia de la obra y que la conduzca a la ruina". Y FLAMME-LEPAFFE, "Le contrat d'entreprise" (Bruselas, 1966), pág. 344, incluyen en este concepto todo vicio que afecte gravemente a la solidez del edificio o de alguna de sus partes maestras, ya haciéndolo impropio para su destino, ya por ser excesivo el grado de las imperfecciones a que debe atenderse en una construcción.

(2) La han defendido en Italia VITA LEVI, PACIFICI-MAZZONI, RUSSO, BORGHI, CUNEO, ICHINO y VOLTAGGIO LUCCHESI; en nuestro país la sostiene GARCÍA CANTERO, "La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1.591 del Código civil", en ADC, XVI, 1963, págs. 1053-1113.

que este segundo párrafo pueda tener frente al primero del repetido artículo 1.591.

Sin entrar de lleno en todos los aspectos de tan problemáticas cuestiones, parece posible al menos hacer las siguientes precisiones:

A) Hay que decir, en primer lugar, que ambas acciones, la de resolución sancionada por el artículo 1.124 y la de responsabilidad decenal por ruina que regula el 1.591, tienen campos de actuación netamente diferenciados: la diferencia viene dada básicamente por el momento de entrega y recepción de la obra. Lo expresa BRIGMONT del modo más terminante cuando dice que «la acción de resolución no podrá ser ejercitada después de la recepción de las obras» (3). Y añade el mismo autor que, «antes de la recepción de la obra, el dueño dispone, contra el arquitecto y el empresario, de una acción para exigir la responsabilidad contractual... Es necesario, bien entendido, que no haya habido recepción. Después de la recepción, la acción del dueño de la obra dura diez años en virtud de disposiciones excepcionales...» (4). Mo, al ocuparse, con relación al Derecho argentino, del precepto paralelo a nuestro artículo 1.591, dice lo siguiente: «Se ha opinado que la expresión "recibida y pagada la obra por el que la encargó" no resulta necesaria en el texto integral del artículo 1.646. No participamos de esta opinión, pues entendemos que el codificador ha querido con ella establecer una marcada diferencia o separación entre las responsabilidades que ha puesto a cargo del constructor antes y durante la ejecución de la obra, y la responsabilidad que estudiamos, la cual nace una vez terminada la construcción» (5). Y DELVAUX coincide en que «el arquitecto es responsable de los vicios de los planos, durante diez años *a partir de la recepción definitiva*» (6).

Parece que tales consideraciones deben entenderse también aplicables a nuestro Derecho, aunque la expresión legal del artículo 1.591 no se refiera taxativamente a «entrega» o «recepción», sino que sólo hable «desde que concluyó la construcción», lo cual, por otra parte, hay que conectarlo con la deficiente regulación que en nuestro Código se contiene acerca de la importante fase de recepción para el contrato de obra. En todo caso, debe entenderse que la recepción constituye el momento diferenciador de las acciones contractuales ordinarias frente a la excepcional del primer párrafo del artículo 1.591.

B) Establecido lo anterior, lo que en concreto interesa saber es si cabe aplicar la distribución de responsabilidades contenida en el artículo 1.591, al caso de cumplimiento defectuoso (equivalente a incumplimiento) que da lugar a la acción de resolución del contrato; y a ello hay que responder afirmativa-

(3) "La responsabilité des architecte et entrepreneur en droig belge et en droit français", 2.<sup>a</sup> ed. (Bruselas-París, 1965), pág. 158.

(4) Op. cit., pág. 163.

(5) Op. cit., págs. 195-196. El texto literal del art. 1.646 del Código civil argentino es el siguiente: "Recibida y pagada la obra por el que la encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción, o de vicio del suelo, o de la mala calidad de los materiales, haya o no el constructor puesto los materiales, o hecho la obra en terreno del locatario". Señala Mo como fuentes de este art., el art. 2.794, inciso 2.º del "Esboço" de FRETAS; el art. 1.792 del C. c. francés, y el art. 1.532 del Proyecto español de 1851.

(6) "Traité juridique des bâtisseurs", 2.<sup>a</sup> ed., t. I (Bruselas, 1968), página 485. El subrayado es mío.

mente cuando (como aquí ocurría) los defectos afectan precisamente a la solidez o estabilidad del edificio, lo cual se comprende en el concepto de «ruina» del artículo 1.591. Pues, si la distribución de responsabilidades que en este artículo se establece halla su razón de ser en la diversidad de funciones atribuidas a cada una de las personas que en la realización de la obra intervienen, lo mismo es aplicable en caso de responsabilidad por incumplimiento en tanto en cuanto éste puede deberse a alguna de las funciones respectivamente asumidas y desempeñadas por el arquitecto y el contratista o empresario.

Y así, es explicable, desde este punto de vista, que en la sentencia estudiada se haya tenido en cuenta el artículo 1.591 al determinar el responsable de los defectos en virtud de los que se pedía la resolución del contrato.

El tema de las relaciones entre la responsabilidad por vicios y la especial responsabilidad decenal, ha sido tratado en concreto por la doctrina italiana con relación, de un lado, a los artículos 1.667 y 1.668 (bien entendido que en éstos se hace una especial regulación de la responsabilidad contractual en el «appalto» frente al régimen general), y de otro, al 1.669, todos ellos del Código de 1942 (el 1.669 es sustancial reproducción del 1.639 del Código de 1865, el cual, lo mismo que nuestro artículo 1.591, tuvo a su vez como fuente el 1.792 del Código francés). En este tema, RUBINO (7) considera que, así como la responsabilidad relativa a los vicios y defectos de la cosa establecida en los artículos 1.667 y 1.668 constituye una excepción a las reglas generales sobre responsabilidad en los contratos, el artículo 1.669 constituye, a su vez, una excepción a la excepción. Y en este punto merece citarse la opinión de GIANNATTASIO (8), para el que, si bien la observación de RUBINO es exacta, sin embargo, el querer establecer necesariamente una relación entre las dos diversas responsabilidades constituye acaso un «fuor d'opera», porque la ley ha querido disciplinar dos supuestos de hecho netamente distintos, no sólo por su diversa proyección en el tiempo, sino también porque parten de presupuestos diversos, en cuanto los defectos inciden sobre la sustancia o sobre la estabilidad de la construcción, o conducen a consecuencias diferentes. Lo cual, por otra parte, no impide que, estando impuestas ambas a cargo del «appaltatore» por cualquier cosa relativa a una imperfecta ejecución de la obra, la cual debería haberse realizado según su naturaleza y las reglas del arte, sea posible al intérprete recurrir, en materia de responsabilidad por ruina y defectos de cosas inmuebles, y cuando no sea posible encontrar en el artículo 1.669 del Código civil la solución a un problema particular, además de a las reglas generales sobre responsabilidad contractual, a las reglas establecidas en los artículos 1.667 y 1.668.

Pensando que, también por esas mismas razones, la remisión sería posible al intérprete en el sentido inverso, la solución apuntada, debidamente trasladada a nuestro Derecho, es la que aparece como más adecuada.

2. *Diversa responsabilidad del arquitecto-director y del arquitecto-proyectista por los vicios del suelo.*—Otro punto de sumo interés que contiene la sentencia comentada es el relativo a la exclusión de los técnicos proyectistas de la res-

(7) "L'appalto", 3.<sup>a</sup> ed. (Torino, 1958), pág. 410.

(8) "L'appalto", en "Trattato di Diritto Civile e Commerciale" de CICU-MESSINEO, vol. XXIV, t. 2 (Milano, 1967), pág. 229.

ponsabilidad por vicios del suelo. Esta exclusión la realiza el Tribunal Supremo en base a una serie de argumentos yuxtapuestos que expone en el primer considerando, y que resume así en el segundo: «... al quedar firmes aquellos resultados de las probanzas—de todas ellas conjuntamente y no sólo de la documental que el recurrente utiliza—conducentes a la conclusión de que no hubo otros técnicos *que interviniesen en la dirección de las obras*, sino los dependientes de la casa constructora, única que a todos los efectos fácticos y jurídicos intervino en el contrato y en su ejecución posterior...».

Se plantea aquí el interesante tema de las relaciones entre la responsabilidad por los vicios del suelo y la responsabilidad por los vicios del proyecto.

El Tribunal Supremo, ateniéndose al parecer a una aplicación estricta de la letra del artículo 1.591 (aunque, curiosamente, sin citar la dicción legal), excluye de la responsabilidad por los vicios del suelo (aparte de las consideraciones de orden probatorio) a quien, aun habiendo sido autor de un proyecto, no ha participado en la realización de la obra *en funciones de director*. Ciertamente, el artículo 1.591 no menciona los vicios del proyecto, así como, en cuanto a los del suelo y de la dirección, los atribuye estrictamente al «arquitecto que la dirigiere». El primer aspecto es denunciado por TORRALBA SORIANO (9) como una insuficiencia del precepto que plantea el problema de si ha de entenderse que el arquitecto-director responde también de los vicios del proyecto. Ello no ofrece duda, parece ser, cuando el mismo arquitecto ha asumido todas las funciones que en orden al desempeño de su profesión se pueden asumir, es decir, elaboración del proyecto y dirección de los trabajos, cuando menos (10). Pero el auténtico problema se plantea en el supuesto de intervención de varios técnicos, independientes entre sí, y encargados unos de la elaboración del proyecto y otros de la dirección de los trabajos. DE LA CÁMARA MINGO (11) responde que en tal caso «la responsabilidad no será dividida entre ambos—arquitecto-director y arquitecto-proyectista—como podría pensarse, sino que recaerá sobre el arquitecto-director, de acuerdo con la expresión legal empleada en el artículo 1.591 del Código civil—«arquitecto que la dirigiere»—, como en base a la obligación que pesa sobre el arquitecto-director de revisar e, incluso, rectificar el proyecto formulado por otro técnico siempre que a su juicio fueran necesarias las oportunas modificaciones».

Si el argumento literal basado en el artículo 1.591 no es definitivo, ya que en él parece existir una laguna en cuanto que no se refiere a los vicios del proyecto, en relación con los cuales hay que considerar los del suelo (12), en cambio, sí parece concluyente el que se basa en el contenido específico de la función del arquitecto-director. La doctrina es insistente en este punto, afir-

(9) «Los vicios del suelo. Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil», en «Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas», t. II (Pamplona, 1969), pág. 599.

(10) Cfr. TORRALBA SORIANO, op. cit., pág. 597; FLAMME-LEPAFFE, op. cit., página 406 DELVAUX, op. cit., loc. cit. en la nota (6).

(11) En L. DE MORA y DE LA CÁMARA MINGO, «Derecho civil básico. Los contratos relacionados con la construcción», del «Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura», dirigido por GARCÍA-GALLO y LÓPEZ ORTIZ, 2.ª ed., t. IV (Madrid, 1964), pág. 550.

(12) TORRALBA SORIANO, op. cit., pág. 602.

mando que es en su cualidad de director de los trabajos, y no de autor de los planos, que el arquitecto-director ha de ser declarado responsable de los vicios del suelo y de cimentación (13), y ello porque el arquitecto-director tiene la elemental obligación de examinar cuidadosamente el suelo sobre el que se construye y de prever, si el suelo natural no tiene la resistencia precisa, la ejecución de los trabajos de consolidación requeridos por el arte de construir (14), pues es al empezar las obras y especialmente los trabajos de cimentación cuando pueden conocerse las condiciones del suelo que anteriormente se desconocían (15), habiéndose llegado a decir que «un plano, incluso definitivamente trazado, no es más que un proyecto. Únicamente la ejecución le dará vida. El arquitecto no puede descubrir las lagunas de su proyecto más que si está encargado de hacerlo ejecutar» (16). También se ha afirmado (17) que «la responsabilidad del arquitecto no varía, aunque no esté encargado más que de la ejecución de los planos trazados por uno de sus colegas o por el propietario; e n cuanto acepta el encargo de ejecutarlos, él se apropia de tales planos».

Pero, ¿puede por esto producirse, sin más, una exoneración total del técnico que únicamente ha redactado el proyecto? Hay que contestar negativamente, y la razón decisiva no se ha de buscar sólo en esa asunción de obligaciones por el director de las obras, sino de modo fundamental en el ámbito mismo de la función de quien única y exclusivamente ha redactado un proyecto no definitivo, y ello lo expresa de modo terminante DELVAUX (18): «Si se trata de planos de ejecución trazados en vista de la adjudicación, no cabe plantearse seriamente la cuestión en cuanto a los planos *en proyecto*, sino únicamente en cuanto a los planos *definitivos*... el arquitecto únicamente encargado de prestaciones relativas a la concepción es responsable por los vicios de sus planos frente al propietario. *A condición, bien entendido, de que los planos entregados sean definitivos*».

Parece, pues, indudable, que la responsabilidad por los vicios de los planos sólo será exigible al técnico exclusivamente encargado de trazarlos, en tanto en cuanto dichos planos, por ser definitivos, han sido fielmente seguidos en la ejecución de las obras (cabría hablar en tal caso de una responsabilidad solidaria juntamente con el arquitecto-director, pues éste incumplió a su vez la específica obligación de hacer las modificaciones necesarias para enmendar los vicios de los planos, e incluso negarse a dirigir la construcción en caso de no serle posible hacer tales modificaciones). En último término, no a otra cosa parece que se refiera el Tribunal Supremo en el segundo considerando de la sentencia estudiada, con la frase: «... ya que es un *proyecto* hecho antes de que el encargo se efectuase...».

(13) Cfr. BRICMONT, op. cit., pág. 35; DELVAUX, op. cit., t. I, pág. 706.

(14) DELVAUX, op. cit., loc. cit. en la nota anterior.

(15) TORRALBA SORIANO, op. cit., pág. 603.

(16) Es uno de los argumentos citados por BRICMONT, op. cit., pág. 51.

(17) Cfr. MINVIELLE, "Entreprise", en "Encyclopedie Dalloz Répertoire de Droit civil", t. II (París, 1952), pág. 536, núm. 138. BRICMONT, op. cit., pág. 45.

(18) Op. cit., t. I, pág. 485. El subrayado es mío.

Aunque, desde luego, hubiera sido deseable una doctrina algo más clara y extensa sobre el tema en cuestión.

3. *La legitimación del arrendatario.*—Es otro de los temas clave que se plantean en esta sentencia. Niega el Tribunal Supremo esta legitimación al arrendatario en el cuarto considerando, no sólo en base a que no pudo acreditar la cualidad de parte en el contrato celebrado (única que, consecuentemente con la acción contractual por incumplimiento que había ejercitado, alegaba en el recurso), sino también porque no pudo acreditar su cualidad de arrendatario. De nuevo la yuxtaposición de argumentos no nos permite determinar fácilmente cuál de ellos habrá podido ser el decisivo, sobre todo si tenemos en cuenta que, de pasada, se afirma que dicha cualidad de arrendatario «habría podido justificar su intervención». Lo cual nos hace pensar otra vez en la escasa claridad con que distintas figuras jurídicas han sido tratadas en la presente sentencia. Si, como quedó precisado, la acción ejercitada era la de resolución por incumplimiento, y no la de responsabilidad decenal del artículo 1.591, la única cualidad que hubiera proporcionado a dicho arrendatario la legitimación activa sería, no la de arrendatario, sino la de contratante, pues de acción estrictamente contractual se trataba en este caso, y consecuentemente con ello así planteó su recurso la parte demandante. La única explicación posible a esas consideraciones que el Tribunal Supremo se ha hecho sobre la cualidad de arrendatario, es la de que esté pensando en la acción prevista en el artículo 1.591, para la cual sí es hipotizable una legitimación del arrendatario, como ya se respondió afirmativamente en la sentencia de 19 de febrero de 1959, por la cualidad misma de arrendatario (19).

Pero en la sentencia aquí comentada, la legitimación discutida lo era en cuanto a la acción de incumplimiento del artículo 1.124, y no en cuanto a la establecida en el primer párrafo del artículo 1.591, por lo cual hay que entender que estaba fuera de lugar toda cuestión relativa a la legitimación del arrendatario por su cualidad de tal.

En definitiva, hay que señalar el valor indicativo de esta sentencia en relación con la deficientísima regulación que sobre el importante tema del contrato de obra se contiene en nuestro Código civil, a lo cual hay que añadir también la escasa atención que, por contraste con otros países, ha sido prestada al tema durante mucho tiempo por nuestra doctrina.

JUAN CADARSO PALAU

---

(19) Lo que directamente se pone en conexión con el discutido tema de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción ex art. 1.591: esta última sentencia fue objeto de crítica por parte de DÍEZ PICAZO, "Estudios sobre la Jurisprudencia civil", t. I (Madrid, 1966), págs. 624 y ss., quien defiende la naturaleza contractual de dicha acción, por lo que no sería posible al arrendatario accionar por dicho cauce; en el mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS, "Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual" (Madrid, 1968), pág. 269; GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 1.098, piensa que no es preciso plantear la cuestión en el terreno de la eficacia del contrato de obra para terceros, sino que se trata de un supuesto de ejercicio por el perjudicado de la acción para exigir responsabilidad extracontractual.

## II. SENTENCIAS

### I. Colaboración a cargo de Juan José BERNAL-QUIROS

1. INTERPRETACION DE LAS LEYES: SUS ELEMENTOS: *La interpretación debe ser obtenida no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico —que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley—, y su ponderación sistemática que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico.*

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: MÉTODO HISTÓRICO EVOLUTIVO: *Si la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que consttuyen su razón de ser, es preciso que la interpretación que se obtenga merced a los elementos de interpreación clásicos sea forzada y controlada por aplicación del elemento sociológico, integrado por aquellos factores —ideológicos, morales y económicos— que plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico, si bien estos factores —aparte que nunca pueden autorizar para modificar o inaplicar la norma, sino sólo suavizarla dentro de los límites del contenido de su texto—, requieren en su utilización mucha prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo.*

INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SINGULARES O EXCEPCIONALES: *No es rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas a la interpretación extensiva, ni rechacen en absoluto el empleo del procedimiento analógico.*

INTERPRETACIÓN DE LA REAL CÉLULA DE 3 MAYO DE 1816: *Dicha R. C. se refiere a dos clases de bienes incautados a la Compañía de Jesús: 1) los que serían objeto de devolución inmediata, aunque sobre ellos pesasen cargas de enseñanza, etc., que habrían de cumplirse; 2) y los que quedaban exceptuados de la devolución por haber sido enajenados a título oneroso o que, habiendo sido donados o cedidos, hubieren sido aplicados a fines o establecimientos públicos de los que no se pudieran separar sin daño del servicio, debiendo entenderse limitadas las cargas de enseñanza a las que pesaban sobre las Colegios de la Compañía, que habían de devolverse inmediatamente para que cumplieran su finalidad educadora, sin que comprenda este supuesto el de un inmueble destinado a un establecimiento público docente durante casi doscientos años, lo que privaría la restitución de la finalidad pretendida.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA INTENTADA. NULIDAD DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL; LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Privado de interés el reivindicante al no haber prospe-*

rado la acción reivindicatoria ejercitada, carece de acción para promover la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca reivindicada a favor del demandado.

USUCAPIÓN: POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO: *La posesión, tomada solemnemente por parte de la Universidad, y que el Estado ha tenido durante casi doscientos años, de un inmueble de los excluidos de la restitución en la R. C. de 3 de mayo de 1816, ha sido en concepto de dueño. [S. de 24 de enero de 1970; desestimatoria.]*

2. TERCERÍA DE DOMINIO: IDENTIFICACIÓN DE LA COSA: *El problema de identificación de la cosa objeto de la tercera es de hecho, y su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: CONTRATO TACHADO DE SIMULADO: *No es documento auténtico a efectos de casación el testimonio de la diligencia de embargo en que se hizo constar determinadas cláusulas de un contrato de arrendamiento a un tercero de la fábrica en que se hallaban las mercancías embargadas, que ya ha sido valorado y que no sólo ha sido admitido en el juicio por el embargante, sino que, además, lo impugnó tachándolo de contrato simulado. [S. de 7 de febrero de 1970; desestimatoria.]*

3. TERCERÍA DE DOMINIO: TÍTULO DOMINICAL: *Insito en toda tercera de dominio el ejercicio de una acción reivindicatoria, se ha de acreditar, para su éxito, la concurrencia de los requisitos exigidos para tal acción, y entre ellos, como primordial, el acreditamiento del dominio de la cosa que se reclama.*

ERROR DE DERECHO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: CONCILIACIÓN: CONFESIÓN JUDICIAL: *No incurre en aquel error la sentencia que no estima justificado el dominio del actor pese a haber sido reconocido por uno de los demandados, que litiga con separación, en el acto de conciliación y después en su confesión judicial, porque lo reconocido en acto de conciliación sólo produce efecto respecto a quien se allana, y lo admitido en confesión judicial no tiene eficacia probatoria en cuanto a terceros.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No cumple el artículo 1.720 LEC. el motivo del recurso que se articula diciendo «...incurrir la sentencia en error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que la confesión, conforme al artículo 1.232 del Código civil, hace prueba contra su autor...», porque, aunque cita el artículo 1.232 del Código civil sobre la trascendencia de la confesión judicial, lo hace sin señalarlo, específicamente, como infringido. [S. de 23 de enero de 1970; desestimatoria.]*

NOTA.—Como consecuencia de un anterior procedimiento de separación conyugal se había ordenado el embargo de frutos y rentas de un negocio, en una parte indivisa que pertenecía al marido. El copartcipe de éste ejercita la tercera de dominio alegando ser el negocio de su exclusiva propiedad, la que sólo justifica sobre los terrenos en que asienta la fábrica.

El marido, con posible intención de defraudar a su esposa, había reconocido la titularidad exclusiva del tercerista en el acto de conciliación y en la confesión judicial.

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO DE PROPIEDAD (MATERIAL Y FORMAL): SU PRUEBA: *El título de propiedad no es el documento en que consta, y la exigencia de acreditar aquél para que prospere la acción reivindicatoria se refiere a que se prueba por cualquiera de los medios admitidos en derecho.*

IDENTIFICACIÓN DE LA COSA REIVINDICADA: *Se acredita tal identificación por conformidad de las partes litigantes a las que no ofrece la menor duda cuál sea la finca debatida.*

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: SU DISTINCIÓN DE LA REIVINDICATORIA: *La acción ejercitada es la reivindicatoria y no la de petición de herencia, porque no se reclama una universalidad de bienes, sino uno determinado, cuyo dominio se alega esgrimiendo la cualidad de heredero como título de propiedad al estar integrado en la herencia, sin que se discuta tal cualidad ni el derecho a la herencia.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No puede prevalecer el resultado de un solo elemento probatorio sobre el resultado conjunto de todos los practicados.*

DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Lo es no especificar el concepto de la infracción de los preceptos legales que se citan como base del error de derecho en la apreciación de la prueba. [S. de 28 de enero de 1970; desestimatoria.]*

NOTA.—*En cuanto a este defecto formal, el motivo, articulado al amparo del número 7.º del artículo 1.692 LEC., denunciaba «haberse desconocido la eficacia en juicio» de un documento privado «en contra de lo dispuesto en los artículos 1.225 y 1.227 del Código civil».*

## II. Colaboración a cargo de Juan CADARSO PALAU

NULIDAD DE PATENTE DE INVENCION: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Dado el carácter formal del recursos, debe ser desestimado por no consignar en su único motivo el caso del artículo 1.693 LEC en que se funda, citando sólo la infracción del artículo 626 de la misma Ley en relación con la regla sexta del 270 del Reglamento de la Propiedad Industrial. [S. de 8 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE ARQUITECTO: INCUMPLIMIENTO: *Faltan las imprescindibles bases fácticas con respecto al supuesto incumplimiento de sus obligaciones por parte del Arquitecto, pues el local ha sido abierto y el negocio inaugurado y explotado, y si, con posterioridad, por disposición administrativa, hasta hoy inexistente, se acordase el cierre del local por falta*

*de autorización, ello sólo podría dar lugar, en todo caso, a una acción indemnizatoria o de otra índole.*

**REESOLUCIÓN, EX ART. 1.124 C. c.:** *Al no expresarse cuándo, cómo y en qué forma ha hecho uso el hoy recurrente de la facultad de resolver el contrato de arrendamiento de servicios, ni que al efecto se haya formulado requerimiento alguno, no existe violación del artículo 1.124 del Código civil.*

**PRUEBA:** *El ordinal séptimo del artículo 1.692 LEC, tanto en orden al error de hecho como al de derecho, no autoriza a hacer una revisión completa de la prueba practicada, porque los recursos de esta clase no son medio de acceso a una instancia más en la que se sometan a nuevo examen todas las cuestiones y elementos de juicio que integran el proceso.*

**DOCUMENTOS PRIVADOS:** *Los escritos designados para comprobar el supuesto error de derecho, en cuanto están suscritos por personas que no son partes en el juicio y solamente contienen manifestaciones unilaterales de los suscribientes, no pueden considerarse documentos privados en el sentido en que a ellos alude el artículo 1.225 del Código civil, precepto que, por otra parte, no puede invocarse cuando el fallo se funda en el conjunto de las pruebas practicadas en el juicio.*

**ERROR DE HECHO Y DE DERECHO: DEFECTOS DEL RECURSO:** *El de hecho tiene que concretarse a la existencia misma de los hechos, y el de derecho a la valoración de determinadas pruebas, por lo que se incide en falta de claridad y precisión si se involucran en un solo motivo ambas diferentes clases de error. [S. de 28 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—Para las obras de instalación de un restaurante se habían contratado en 10 de mayo de 1965 los servicios de un Arquitecto, consistentes en la elaboración del proyecto y dirección facultativa. Una vez visado el proyecto y aprobada la minuta a él relativa por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, el comitente satisfizo los honorarios correspondientes por este trabajo. Solicitada la licencia de obras, ésta le fue denegada al comitente por el Ayuntamiento de Madrid por no estar el proyecto acorde con las Ordenanzas, pese a lo cual procedió a la apertura del local e inauguración y explotación del negocio, además de interponer contra aquella denegación recurso de reposición ante el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Madrid, recurso sobre el que no había recaído resolución expresa en el momento de entablarse el pleito. Cuando se le presentó la minuta de honorarios por la dirección facultativa, el comitente se negó a pagarla, conducta que motivó la demanda del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, en representación de su colegiado. El Juez de Primera Instancia condenó al comitente al pago de dichos honorarios, fallo que fue confirmado por la Audiencia Territorial. El comitente fundamenta su recurso de casación en que la denegación de licencia de obras por no ajustarse el proyecto presentado a las Ordenanzas, da lugar a incumplimiento de sus obligaciones por parte del Arquitecto, lo que permitía la resolución del contrato en base al artículo 1.124 del Código civil.

Curiosamente, el Tribunal Supremo entendió que la licencia no había sido denegada en definitiva, acogiendo en su cuarto considerando un razonamiento del Juzgado de Primera Instancia que también fue aceptado por la Audiencia Territorial, y a tenor del cual había de entenderse concedida la

autorización, pues el recurso no había sido resuelto después de transcurridos dos meses desde su interposición, «siendo de aplicar el apartado c) del número 7.º del artículo noveno del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955, expresivo del silencio administrativo». A esto hay que observar que, si bien el citado precepto de dicho Reglamento reconoce un efecto positivo al silencio administrativo, ello es en vía de primera petición, pero no en vía de recurso, como era este el caso. A lo que hay que añadir que precisamente el artículo 217 de la Ley de Ordenación Urbana y Régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956, otorga sentido negativo al silencio administrativo en caso del recurso de reposición que preceptivamente establece.

A mayor abundamiento, en el quinto considerando, expresa el Tribunal Supremo el razonamiento arriba extractado, pareciendo dar a entender que lo decisivo es la apertura de hecho del local, independientemente de la denegación de licencia municipal, y que, en todo caso, el cierre decretado posteriormente sólo podría dar lugar a una «acción indemnizatoria o de otra índole», lo que en verdad no constituye un modelo de pronunciamiento claro y preciso ante la cuestión planteada.

**CONTRATO DE OBRA: INTREPRETACIÓN: NOVACIÓN:** *La renuncia a efectuar ulteriores reclamaciones a que se refiere la estipulación tercera del documento de 2 de junio de 1966, está condicionada a que la certificación final de las obras sea aprobada por el Arquitecto director de las mismas, por lo que hay que interpretar que indirectamente se remite a las estipulaciones que en lo referente a la sumisión a dicha certificación se contienen en el contrato de 31 de mayo anterior del que, por tanto, aquel documento no es novatorio, sino complementario.*

**VALORACIÓN DE OBRAS:** *Mientras no se demuestre lo contrario, hay que considerar que, en la valoración de un inmueble hecha por personas especializadas y competentes, se han tenido en cuenta todas las partidas que normalmente integran los precios, como pueden ser el Impuesto General de Tráfico de Empresas y el tanto por ciento de beneficio industrial pactado.*

**PRUEBA PERICIAL: DEFECTOS DEL RECURSO:** *El informe pericial no vincula a los jueces, que pueden apreciarlo con libertad de criterio, sin que sea materia de recurso, además de que no puede considerarse documento auténtico a efectos del error de hecho a que alude el número 7.º del artículo 1.692 LEC. [S. de 23 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—Por las obras realizadas, la entidad constructora, hoy recurrente, presentó al comitente certificación final por importe de 1.983.352 pesetas con 83 céntimos. De tal suma, y en sucesivas entregas, el comitente llegó a satisfacer 1.683.352 pesetas con 83 céntimos. En 31 de mayo de 1966 ambas partes suscribieron un documento en el que, entre otras estipulaciones, se contenía la de que la suma restante sería satisfecha por el comitente mediante la aceptación de un cambial, lo que quedaba pendiente hasta tanto el Arquitecto director, o el subsidiariamente designado para caso de desacuerdo, aprobase debidamente la aludida certificación, debiéndose abonar por quien correspondiese las diferencias de valor de ella resultante. En 2 de junio de 1966, suscribieron las mismas partes un nuevo documento en el que se contenía, entre otras, la estipulación de que «con las entregas realizadas, ambas partes contratantes se declaraban reintegradas de los réditos aludidos en los hechos segundo y tercero (no consta con claridad de qué réditos se

trataba), y en consecuencia, renuncian a efectuar reclamación alguna por este concepto». Como quiera que las valoraciones efectuadas en su momento por los Arquitectos director y dirimente resultaron ser inferiores a las cantidades ya entregadas por el comitente, éste resultó acreedor por la diferencia frente a la entidad constructora, que fue condenada a su pago en primera y segunda instancias. La recurrente argumentaba en casación, no sólo que en las valoraciones efectuadas por los Arquitectos no se habían incluido las cantidades correspondientes por el Impuesto General de Tráfico de Empresas y tanto por ciento pactado de beneficio industrial, sino también que no se había tenido en cuenta la renuncia contenida en el documento de 2 de junio de 1966, que además era novatorio del de 31 de mayo anterior.

Una vez más, es consecuente el Tribunal Supremo con la doctrina de que la novación nunca se presume, que no puede apoyarse en actos equívocos, ni debe ser apreciada en casos dudosos (entre otras muchas, sentencias de 15 de octubre de 1907, 8 de julio de 1909, 10 de julio de 1917, 4 de junio de 1919, 30 de diciembre de 1935, 24 de junio de 1940, 29 de abril de 1947).

**CONTRATO DE OBRA: REVISIÓN DE PRECIOS: CARGA DE LA PRUEBA:** *No pesa sobre la Constructora a los efectos de pedir la revisión de precios por aumentos de salarios y materiales, pues se trata de subidas de precios prescritas por la Ley y repercutibles, estando comprobada su existencia por la aprobación del arquitecto director de la obra y expresamente pactada su repercusión.*

**PRÁCTICA USUAL: DEFECTOS DEL RECURSO:** *La «práctica usual» conforme a la que se ha efectuado la revisión no se ha utilizado para variar el contenido de ésta, ni en cuanto a su sustancia, ni en su cuantía, sino solamente para justificar una forma meramente instrumental de efectuarla, por lo que no se ha infringido el artículo 1.287 del C. c.; aparte de que el motivo está mal formulado, porque, en todo caso, en la referida hipótesis debería haberse alegado, no la violación, sino la «aplicación indebida» del precepto sustantivo.*

**CANTIDADES DEBIDAS: INTERPRETACIÓN:** *Es completamente accesorio el procedimiento empleado por el Arquitecto director para comprobar las revisiones, así como el hecho de haberlas consignado en una única certificación adicional, en vez de haberlo hecho en cada una de las parciales, por lo que, al ser idéntico el resultado final y siempre que la cuantía de lo incrementado sea la legal, no puede estimarse infringido el artículo 1.281 del C. c. en relación con la cláusula que se invoca, cuyos términos se han cumplido. [S. de 18 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—La parte recurrente argumentaba que el arquitecto director aprobó las cuentas aplicando unas «fórmulas polinómicas» en vez de ajustarse a la cláusula diez y siete del contrato suscrito con el contratista el 1 de septiembre de 1966, en la que se prescribía que la revisión de los precios unitarios contratados se abonaría «en la forma y modo establecido para el pago de las certificaciones de obra y en el porcentaje que para cada certificación determine el Arquitecto director».

**CONTRATO DE OBRA: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS:** *No lo acreditan los documentos invocados por el recurrente, por haber sido el proyecto-presupuesto objeto de análisis e interpretación por parte de la sentencia recurrida, por carecer del carácter de documentos auténticos a dichos fines las certificaciones de los actos conciliatorios y los dictámenes*

*periciales, y por no demostrar ninguno, de ellos por si mismo y de forma evidente, como la Ley exige, lo contrario de los que el Tribunal «a quo» afirma a la vista de los distintos elementos probatorios aportados al juicio..*

**DEFECTOS DEL RECURSO:** *Al denunciarse en el motivo la «inaplicación e interpretación errónea» de las numerosas normas y doctrina jurisprudencial que en él se citan, se incide en el vicio de inadmisión señalado en el número 4 del artículo 1.729 LEC. [S. de 24 de abril de 1970; no ha lugar.]*

### III. Colaboración a cargo de Juan de Dios DOVAL MATEO

1. **COMPETENCIA:** *La acción que se ejercita es de carácter personal, y no estando precisado el lugar en que deba cumplirse la obligación, habrá de reputarse competente el Juez del domicilio del demandado de acuerdo con la regla primera del artículo 62 LEC. [S. de 14 de abril de 1970.]*

2. **COMPETENCIA:** *La competencia ha de atribuirse al Juez del lugar donde la obligación principal hubiera de cumplirse, según la opción que al demandante da el número primero del artículo 62 LEC; al ser enviada la mercancía a porte debido, lo que quiere decir que, al viajar por cuenta y riesgo del comprador, debe de considerarse que fue entregada en León, lugar donde el vendedor tiene su establecimiento abierto al público, y cuyo juzgado ha de ser el competente para conocer la cuestión planteada. [S. de 28 de abril de 1970.]*

3. **CASACIÓN: INSUFICIENCIA DEL PODER: DEFECTO INSUBSANABLE:** *La escritura pública de apoderamiento otorgada a nombre de una sociedad por su representante legal, debe expresar, no sólo las circunstancias relativas a la personalidad de éste, sino insertar en el cuerpo de ella, en cuanto sea posible, lo pertinente a los documentos fehacientes que acrediten esa representación o en otro caso incorporar sus originales o su testimonio, cosa de la que si bien puede prescindirse respecto de la matriz, cuando obren en el protocolo del autorizante, habrá de hacerse constar necesariamente en las copias expedidas, al extremo de que su omisión priva al apoderamiento de uno de sus requisitos esenciales e impide al Tribunal conocer la certeza de tal representación y alcance y extensión de sus facultades, sin que dicho defecto pueda ser subsanado con fecha posterior a la que el artículo 1.701 de la Ley Procesal establece de forma improrrogable. [S. de 26 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

4. **COMPETENCIA: DEFECTOS DEL RECURSO:** *El auto contra el que se interpone el presente recurso, fue dictado por una Audiencia, diciendo en el mismo no haber lugar al requerimiento de inhibición solicitado por razón de incompetencia, por lo que tiene que ser de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 87 LEC, a cuyo tenor sólo procederá contra él «en su caso, el recurso de casación por quebrantamiento de forma», término este para cuya interpretación habrá de observarse lo preceptuado en el 106 en relación.*

con el 1.689 del mismo texto legal, en el sentido de que la posibilidad de ejercitarse el mencionado recurso habrá de ser «después de fallado el pleito en definitiva», cosa que aquí no sucede por lo que se incide en causa de inadmisión que en este trámite decisorio lo es de desestimación. [S. de 25 de mayo de 1970.]

5. CASACIÓN : DEFECTOS DEL RECURSO : El número 7.º del artículo 1.692 LEC, tiene como preciso contenido la contradicción de las declaraciones fácticas hechas por el Tribunal sentenciador; si el invocado artículo 1.214 del C. c., que regula el onus probandi, ha sido vulnerado, ello debía denunciarlo por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, lo que no se hace en este caso. [S. de 25 de abril de 1970; no ha lugar.]

6. RECURSO DE CASACIÓN : DEFECTOS DEL RECURSO : No especifica el recurrente el concepto de infracción de entre los tres que figuran en el número 1 del artículo 1.692 LEC, contraviniendo con ello la exigencia de claridad y precisión, contenida en el artículo 1.720 del mismo texto legal, con que han de redactarse los recursos de casación civil, en la interpretación constante de la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, lo que lleva consigo la sanción de inadmisión del ordinal cuatro del artículo 1.729 LEC que en el presente trámite lo es de desestimación. [S. de 25 de abril de 1970; no ha lugar.]

7. CASACIÓN : CARENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA : Al no acreditar la titularidad dominical en la demanda, hay que estimar la falta de legitimación activa.

PRUEBAS : La apreciación particular, del recurrente, de las pruebas practicadas a lo largo de todo el proceso, y los hechos sentados como probados por el Juzgado de primera instancia, no aceptados en la sentencia recurrida, son absolutamente inoperantes para servir de fundamento fáctico a un motivo amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal. [S. de 6 de diciembre de 1969; no halugar.]

NOTA.—El presidente de una comunidad de propietarios, hoy recurrente, demandó en nombre de la comunidad, pero sin acompañar a la demanda ningún documento acreditativo de su titularidad dominical ni de su carácter de presidente de dicha comunidad.

8. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA : REQUISITOS PREVIOS : PETICIÓN DE SUBSANACIÓN : El carácter extraordinario, que siempre tiene el recurso de casación, impone que, cuando el mismo se interponga por haberse quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio, se exige como requisito previo a la admisión del recurso, que la omisión o falta, haya sido reclamada en la instancia en que se cometió, y si hubiese ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, y si a pesar de ello se admite, el recurso, la causa de inadmisión, deberá actuar como de desestimación del recurso interpuesto. [S. de 2 de junio de 1970; no ha lugar.]

9. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA : FALTA DE EMPLAZAMIENTO : La falta de emplazamiento del número 1 del artículo 1.693 LEC, sólo se produce, en los

*casos en que el recurrente por ignorar la existencia del juicio careció de los medios adecuados para la defensa de sus derechos, y queda subsanada por la intervención en los autos del litigante que la invoca.*

**FALTA DE PERSONALIDAD:** *El número 2 del artículo 1.693 LEC, se refiere, a que se reconozca personalidad al que carece de ella, no al fondo del derecho con que se le trae a juicio, lo que constituye falta de acción, falta de obligación de soportar la reclamación, que es falta de legitimación y no puede tratarse de un recurso por quebrantamiento de forma, exclusivamente referido en este número, a la absoluta o relativa incapacidad personal, para litigar, conforme al artículo 2 y siguientes de la Ley de Trámites.*

**ADMISIÓN DE DOCUMENTOS EN SEGUNDA INSTANCIA:** *Los documentos a que se refiere el artículo 506 número 2 LEC, han de ser desconocidos para la parte y en el proceso. [S. de 1 de junio de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—El recurrente motiva, al amparo del número 5 del artículo 1.693 LEC, el no haberse admitido en segunda instancia, una factura anterior a la demanda, que se juró no conocer; la factura aludida, se había presentado ya, en la oposición a la ejecución, si bien con otros gastos accesorios, pero referida al mismo contrato, por lo que su falta de admisión ni infringió el artículo 506 de la Ley de Trámites, ni causó indefensión alguna al recurrente, puesto que su contenido, se pudo tener en cuenta, sin necesidad de aceptar aquel duplicado, que aunque de distinta fecha se refería al mismo negocio.

**10. RECURSO DE REVISIÓN: CARÁCTER EXTRAORDINARIO:** *El carácter extraordinario y excepcional, de este recurso, en cuanto viene a contrariar el principio casi absoluto de irrevocabilidad del fallo firme, hace que sólo deba ser utilizado cuando realmente se basa en alguna de las causas taxativamente previstas en el artículo 1.796 LEC, sin que pueda usarse como medio para promover un nuevo examen de las cuestiones planteadas en el pleito, ni para alegar otras nuevas; debiendo ser interpretadas las causas legales de revisión con un criterio restrictivo en bien de la seguridad jurídica.*

**SENTENCIA IMPUGNADA:** *De conformidad con la reiterada doctrina de esta Sala, la impugnación debe dirigirse contra la sentencia que en última instancia haya resuelto la cuestión de fondo, cual así se deduce en los artículos 1.797 y 1.801 LEC, «en el grado del juzgado o tribunal en que haya quedado firme». [S. de 12 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—La recurrente interpuso recurso de revisión contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 1968 por el juzgado municipal número 12 de los de Madrid, pero esta resolución ha sido recurrida en apelación, dictándose en segunda instancia la sentencia de 3 de junio de 1968 por el juzgado número 12 de primera instancia de Madrid, que resolvió definitivamente el litigio, ya que el recurso de duplicación, fue desestimado sin entrar en la cuestión de fondo. Era, por tanto, contra esta sentencia de 3 de junio de 1968, dictada por el juzgado número 12 de los de primera instancia de Madrid, contra la que debió haber recurrido en revisión.

#### IV. Colaboración a cargo de Gabriel GARCIA CANTERO

1. ACCIÓN DE DESLINDE: EXCESO DE CABIDA; INCONGRUENCIA: *Solicitado por la parte actora la distribución de los excesos de cabida de las fincas deslin-dadas en proporción a la superficie que resulte de sus respectivos títulos, la sentencia que ordena no sólo la distribución de dicho exceso, sino también la de la falta de cabida se opone al principio jurídico procesal de la con-gruencia.*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Conforme a las sentencias de esta Sala de 16 de abril de 1947, y 8 de julio de 1953, no es preciso integrar en el juicio de deslinde, a los efectos del artículo 384 C. c. a los demás propietarios de terrenos limitrofes que, por tener perfectamente fijados y reconocidos sus contornos territoriales, carecen de interés protegible en esta clase de juicio.* [S. de 4 de mayo de 1970; ha lugar.]

NOTA.—El recurso se estima por razón de incongruencia ya que condena también a distribuir el defecto de cabida conforme a los títulos, extremo no solicitado en la demanda. Parece evidente que el fallo de la sentencia de primera instancia adolece de un descuido de redacción.

2. PRÉSTAMOS USURARIOS: ERROR DE HECHO: *Es doctrina reiterada de esta Sala, establecida entre otras en sentencias de 15 de diciembre de 1965, 18 de octubre de 1968 y 28 de octubre de 1969, que en los pleitos sobre préstamos usurarios no cabe fundar un recurso de casación por infracción de ley en el número 7.º del artículo 1.692 LEC, toda vez que en esta clase de juicios no se trata de ponderar las pruebas, sino de formar libremente el Juzgador —no excluido el Tribunal Supremo— su convencimiento íntimo en orden a la existencia de un préstamo usurario, en virtud de la facultad extraordinaria que le otorga el artículo 2.º de la Ley de Usura.* [S. de 14 de mayo de 1970; no ha lugar.]

3. SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE AUTOMÓVIL: ACCIDENTE CAUSADO POR VEHÍCULO DESCONOCIDO: RECLAMACIÓN CONTRA EL FONDO NACIONAL DE GARANTÍA: *El Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, constituido como organismo autónomo conforme al artículo 1.º del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1964, en cuestiones no sujetas a Derecho Administrativo está sometido a las normas de Derecho común, con plena capacidad procesal; sin embargo, tiene determinadas especialidades en cuanto al procedimiento para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por las víctimas de vehículos de motor, de los que debe responder en el caso del artículo 45 de la Ley de 1962 y 7.º del texto refundido aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968, poyesendo, a tal efecto, plena autonomía patrimonial y contable.*

ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO: *En el caso de reclamación contra el Fondo Nacional de Garantía por los daños y perjuicios causados por un automóvil desconocido, el procedimiento ofrece las siguientes especialidades:* a) Posibilidad de exigirsele por la vía judicial de apremio la efectividad de las obligaciones de pago que se le impongan; b) disponer sólo del plazo de

diez días para atender a todo requerimiento judicial o extrajudicial sobre entrega de cantidad o afianzamiento efectuado en sus Oficinas Centrales o en sus Delegaciones Regionales; c) supresión de la reclamación previa en vía administrativa; d) posible designación, autorizada por el Ministerio de Hacienda, de Letrados y Procuradores que colaboren en su defensa y representación.

REPRESENTACIÓN DEL FONDO POR LOS ABOGADOS DEL ESTADO: INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE 10 DE ENERO DE 1877: *Al encomendar el artículo 10 del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1964, la representación del Fondo Nacional de Garantía al Cuerpo de Abogados del Estado resulta inaplicable la obligación de éstos de solicitar del Juzgado o Tribunal que haya acordado el emplazamiento, citación o vista de actuaciones, la suspensión del plazo para evacuar el traslado o informe, a fin de elevar a la Dirección General la consulta a que se refiere el artículo 2.º de la Ley de 10 de enero de 1877, por ser contraria tal obligación a los principios informadores y rectores del especial y urgente procedimiento ejecutivo. [S. de 30 de abril de 1970; no ha lugar.]*

NOTA.—Sentencia interesante por cuanto contempla un supuesto, no frecuente, de daños causados por vehículo desconocido, y por cuanto interpreta adecuadamente la razón de ser del juicio ejecutivo introducido por la legislación especial en materia de accidentes de circulación. Aunque la representación del Fondo está atribuida por la Ley a los Abogados del Estado, tal representación no es exclusiva de dicho Cuerpo, dado que el Ministerio podrá encomendarla a otros Letrados, y, por otra parte, no puede decirse que el Fondo es el Estado a estos efectos. Doctrina absolutamente convincente, que agiliza el procedimiento.

4. CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE NO FORMALIZADO: IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN: *Es doctrina de esta Sala, establecida, entre otras, en la sentencia de 29 de marzo de 1969, que según los artículos 11 inciso segundo, y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente, o la pendencia de esta última especie de formalización, impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida, o que se intenta someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral; por el contrario, a tenor del inciso primero del citado artículo 11, si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado, o no se hubiera hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10 de dicha Ley, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto. [S. de 31 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

5. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO POR RUINA DEL EDIFICIO: *El deber impuesto al propietario por el artículo 1.907 C. c., cuyo precedente más remoto en cierto modo se encuentra en la Ley XLIII, Título II del Libro XXXIX del Digesto, deriva principalmente del incumplimiento por su parte de la obligación que, con la finalidad de evitar riesgos a terceros, establece el artículo 389 C. c., y de lo dispuesto en los artículos 391, 1.089 y 1.093, y la responsabilidad que de él emana es exigible cuando tal omisión originó la ruina del edificio, cuya caída produjo el daño indemnizable, y*

cuando los hechos que la motivaron y la necesidad de su reparación se les hizo saber oportunamente por los arrendatarios.

**FALTA DE LAS REPARACIONES NECESARIAS:** *Al declararse probado que el hundimiento de la finca urbana se produjo como consecuencia «de la descomposición lenta y progresiva del muro de arcilla que sostenía los arcos o bóvedas de piedra de su sótano», lo que fue debido a «agentes atmosféricos, principalmente humedad», a si como que los propietarios no sólo no hicieron las reparaciones necesarias y previsibles para evitarlo, sino que contribuyeron a semejante resultado ensanchando una de las puertas de la planta baja y autorizando el cultivo de champiñón en el sótano, se aplicó correctamente el artículo 1.907 del C. c. [S. de 15 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—La afirmación de la sentencia de derivar la obligación de indemnizar del artículo 1.907, de la obligación impuesta al propietario por el artículo 389, merece alguna matización. Dando por supuesto la evidente relación entre ambas normas, parece indudable que el artículo 1.907 es una matización o especificación de la norma general del artículo 1.902.

**6. RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS FORMALES:** *El rigor formalista de este recurso extraordinario lleva consigo la necesidad de precisar en el escrito de formalización el número o números del artículo 1.693 LEC en que se estime comprendido, y a señalar el precepto o preceptos concretos de orden procesal que se aleguen como infringidos, según puntualizó una constante y reiterada jurisprudencia. [S. de 7 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

## V. Colaboración a cargo de Antonio IPIENS LLORCA

**RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: DESOCUPACIÓN PARCIAL:** *No puede negarse el retracto al titular de un arrendamiento que, conservando su derecho de disfrute sobre la totalidad de la vivienda mantenga cerrada alguna de las habitaciones de que ésta se compone. [S. de 20 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

**NOTA.**—El Tribunal Supremo tiene declarado que el retracto solamente no procede sólo cuando la desocupación parcial obedece a la circunstancia de haber cedido o subarrendado a un tercero la parte no ocupada. Véanse Sentencias de 6 de junio de 1959, 13 de febrero de 1961 y 28 de septiembre de 1964, entre otras.

## VI. Colaboración a cargo de José PERE RALUY

**1. DOMICILIO Y RESIDENCIA:** *Residencia y domicilio son términos distintos, ya que aquella requiere la habitualidad para ser base del concepto jurídico de domicilio real. [S. de 23 de abril de 1970; no ha lugar.]*

COMUNIDAD DE BIENES: TRANSACCIÓN SOBRE BIENES OBJETO DE COMUNIDAD: NULIDAD POR LA FALTA DE ACUERDO DE TODOS LOS COMUNEROS: *Es nula de pleno derecho la transacción sobre unas obras afectantes a cosa común, si requiriéndose para la eficacia de la misma, según el artículo 397 del C. c., la unanimidad de los comuneros, uno de estos, menor de edad, intervino en el acuerdo sin hallarse representado por un tutor obrante con la autorización del consejo familiar. [S. de 25 de abril de 1970; no ha lugar.]*

CESIÓN O TRASPASO: PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD: *El solo hecho de que se hable de cesión o traspaso y no de compraventa no puede, según las reglas del razonar humano, estimarse que se trata de una cesión gratuita, poco frecuente entre extraños, máxime cuando se habla de inventarios que llevan en sí la valoración de lo cedido y si se trata de un complejo industrial no es natural pensar en la gratuidad, ya que es extraño que los negocios se regalen sin hacer expresa mención de ello.*

COMPRAVENTA: PRECIO: MOMENTO DE SU FIJACIÓN: *Para la certeza del precio en la compraventa no es preciso su fijación en el momento del contrato, sino que se den los elementos precisos para su fijación ulterior, siempre que no se requiera nuevo contrato.*

CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE HECHO DEL ÓRGANO A QUO: *Aunque es cierto que se puede atacar la interpretación hecha por el Tribunal, para que prospere tal ataque, es preciso, que la interpretación realizada sea falta de lógica, arbitraria o absurda. [S. de 30 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

TÁCITA RECONDUCCIÓN: NATURALEZA Y EFECTOS: *El artículo 1.566 del C. c. da por concluso el primitivo contrato de arrendamiento y por nacido —reconducción, consentimiento tácito— otro que, si de ordinario, reproduce las características de aquél, no así en cuanto a plazo de duración, pues éste no es el que regía el contrato extinguido, sino que ha de ser el que señala el artículo 1.581 del C. c.; y es igualmente doctrina legal que la tácita reconducción establecida en el artículo 1.566 del C. c. exige la aquiescencia del arrendador para la prórroga del contrato, y esta circunstancia no concurre cuando antes de transcurrir quince días de su terminación, formula la correspondiente demanda de desahucio contra el arrendatario.*

DOCTRINA LEGAL: *Para que pueda estimarse la existencia de una doctrina legal útil a los efectos del recurso, es preciso que la misma se halle establecida en repetidas y uniformes sentencias del Tribunal Supremo, por lo que la cita de una —sola— sentencia del Tribunal Supremo es insuficiente para fundamentar un recurso de casación. [S. de 5 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

NATURALEZA JURÍDICA DEL ARRIENDO: PERFECCIONAMIENTO: *Dada la naturaleza consensual del contrato de arrendamiento, quedó perfeccionado desde el momento en que medió el consentimiento del arrendador y arrendatario, in-*

*dependientemente de cuál fuera la exacta determinación de la cosa arrendada; iniciada la consumación por su entrega, reiterándose en su cualidad de tracto sucesivo con el mantenimiento del arrendatario en su uso, si no hubo en momento alguno entrega de parte del local y si el arrendatario no ejercitó su derecho a que le fuera entregada el total de la cosa arrendada: revela que en la intención de los contratantes no estaba el incluir como objeto del arrendamiento, la referida parte del local que desde años atrás venía siendo dedicada a un destino específico. [S. de 12 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

**ARRIENDO DE UN KIOSCO--BAR INSTALADO EN EL INTERIOR DE UN CINE:** *El arriendo de un kiosco-bar, instalado en un cine, consistente en un pequeño espacio o dependencia anexa a la sala de proyección, destinado a la venta de bebidas para el servicio del público que asiste al espectáculo, con cuya sala se comunica, constituyendo la explotación del bar un complemento del negocio de cine, sin carácter autónomo y sin que el kiosco tenga comunicación directa a la calle ni esté abierto al público en general en ningún momento, funcionando sólo durante las horas del espectáculo, es un arriendo de naturaleza singular excluido de la LAU, y respecto al cual puede pactarse válidamente la fijación de un plazo, transcurrido el cual, debe extinguirse el contrato habiendo ya diversas sentencias de esta Sala señalando la diferencia de arriendos similares respecto a los de locales de negocio de la LAU.. SS. 4 enero 1955, 31 octubre 1963, 22 junio 1966 y 11 octubre 1966.*

**DESAHUCIO: CUESTIONES COMPLEJAS:** *No constituye cuestión compleja que obste a la viabilidad del desahucio la referente a la realización, por el arrendatario, de algunas obras o reparaciones, ya que entonces resultarían inútiles las normas de la LEC para lograr la extinción del contrato arrendaticio. [S. de 14 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA: CALIFICACIÓN: PRÓRROGA A OTRAS TEMPORADAS:** *Debe calificarse de arriendo de temporada el concertado para el período de junio a septiembre de un determinado año, aunque con posterioridad se pactara la ampliación del contrato a las épocas de verano de los dos años siguientes.*

**CASACIÓN: CLARIDAD Y PRECISIÓN DEL RECURSO:** *Es inadmisibile, y por tanto desestimable, el recurso en que los dos fundamentos del recurso no se expresan en párrafos separados y numerados. [S. de 28 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**DISTINCIÓN ENTRE EL ARRIENDO DE INDUSTRIA Y EL DE LOCAL DE NEGOCIO:** *El arrendamiento lo es de industria o negocio, cuando en el contrato, además de un local, se comprende y entrega una universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio, en el mismo, de una determinada actividad industrial, aunque se halle inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento con los elementos recibidos del arrendador, sin que la sustitución o adición de algunos, por razón de comodidad, conveniencia o deseo de mejoramiento del arrendatario, modifique la conceptualización jurídica del contrato [S. de 17 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

**SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» EN EL ARRIENDO DE LOCAL DESTINADO AL EXCLUSIVO EJERCICIO DE PROFESIÓN LIBERAL: «CONVIVENCIA PROFESIONAL»:** *El número 3 del artículo 58 de la LAU vigente, ha establecido una nueva modalidad subrogatoria «mortis causa» en el supuesto de locales destinados por el arrendatario titular, única y exclusivamente al ejercicio de su profesión facultativa y colegiada; es racional el criterio de estimar necesario que exista lo que la Sala «a quo» llama convivencia profesional, o sea, que en el propio local se ejerza la misma profesión por el titular y el que ha de ser sucesor subrogado.*

**INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES:** *Es la parte recurrente, y no el Tribunal, quien ha de fijar con claridad y precisión el concepto de la infracción; es defectuosa la formalización de un recurso denunciando en un motivo la violación de norma, y en otro, con los mismos alegatos, la interpretación errónea de la misma norma por sí la Sala entendiera que fue ese el concepto invocable y no el de la violación. [S. de 11 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—Los hechos básicos determinantes del fallo fueron los siguientes: el piso había sido dedicado inicialmente por el arrendatario a la profesión de odontólogo, siendo tal destino el único dado a la vivienda; en 1946 el inquilino cesó totalmente en el ejercicio de su profesión continuando en el desempeño de tal profesión los hijos del mismo, que ya antes la venían ejerciendo en compañía de su padre; el arrendatario falleció en 1962, y tras el fallecimiento, los hijos siguieron ejerciendo en el local la profesión. El propietario ejerció la acción resolutoria por fallecimiento del arrendatario sin dejar sucesores arrendaticios, acción que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y estimada por la Audiencia y el Tribunal Supremo.

**RESOLUCIÓN POR CIERRE DEL LOCAL ARRENDADO: CONVERSIÓN EN ALMACÉN:** *Si por plazo superior a seis meses en un año se interrumpió la actividad fabril a que el local estaba dedicado y se convirtió en almacén para custodiar calzado, se dan los supuestos de hecho de la resolución por cierre. [S. de 8 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

**DERECHO DE RETORNO DE LA LAU: LOCALES RESERVABLES:** *No es lícito al arrendador asignar al arrendatario dos locales distintos —en el inmueble reconstruido— sin comunicación entre sí, en lugar del único que ocupaba en la finca destruida.*

**DERECHO DE RETORNO: PROCEDIMIENTO:** *Según constante y reiterada jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo, la sustanciación de los litigios que versen sobre el derecho de retorno de un arrendatario del inmueble reedificado, deberá ajustarse a las normas procesales de la LAU, por tratarse de acción propia de la relación arrendaticia urbana y fundamentarse en derecho reconocido en la legislación especial.*

**INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO CONTROVERTIDO EN EL JUICIO:** *El error de hecho en la apreciación de la prueba no puede acreditarse por medio de la escritura sobre la que giró la totalidad del debate y que fue objeto de interpretación por parte del Tribunal «a quo». [S. de 31 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

**RESOLUCIÓN POR DERRIBO PARA REEDIFICAR: INTERPRETACIÓN DE LA NORMA SOBRE AVISO CON UN AÑO DE ANTELACIÓN:** *En relación con la interpretación de las palabras «con un año de antelación, por lo menos» que la LAU emplea en el artículo 78, está bien clara la intención de la Ley de que el arrendatario disponga de un año entero como mínimo para el desalojo del local que haya de demolerse y reedificarse, o sea, de un plazo que debe computarse de fecha a fecha, con el criterio respecto a los días que lo integran que establece el artículo 1.130 del C. c. El precepto legal no exige que la referencia a la fecha en que hayan de empezarse las obras se haga con fijación concreta de día, mes y año, de manera que no quepa duda de cuál es, aunque se señale con referencia a un acontecimiento determinado, siendo admisible que se fije la de dos meses subsiguientes a la del desalojo de la finca, sobre todo si se tiene en cuenta que las obras de demolición no pueden empezar hasta que no se desocupe por completo la finca, y este desalojo no depende tanto de la voluntad y actos del arrendador, como de los del arrendatario, que con su resistencia podría hacer inoperante la expresión, por anticipado, de una fecha determinada.*

**RESOLUCIÓN POR DERRIBO: RECURSO CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL GOBERNADOR CIVIL:** *La resolución del Gobernador civil autorizando el derribo de la finca tiene plena eficacia en sí para que pueda entablarse la acción —de resolución contractual arrendaticia—, ante los Tribunales, pues al considerarla la ley como no susceptible de ulterior recurso, resulta firme a estos efectos, hasta tal punto que toda reclamación formulada contra el mencionado acuerdo por la vía administrativa, no puede producir efecto alguno en el procedimiento arrendaticio. [S. de 23 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA A LA CUANTÍA DE LA BASE TRIBUTARIA: EFECTOS: RENUNCIA:** *Infringe la Ley la sentencia que se limita a señalar que la reducción de la renta a la base fiscal tendrá efectividad hasta que el arrendador eleve la base fiscal al tipo de renta contractual, sin conceder al arrendatario la reducción de la renta por el plazo mínimo de dos años, señalado en la LAU: La acción de reducción de renta a la base fiscal no es renunciable ni expresa ni tácitamente. [S. de 20 de abril de 1970; ha lugar.]*

**REDUCCIÓN DE RENTAS ARRENDATICIAS AL TIPO QUE SIRVE DE BASE FISCAL: EFECTIVIDAD DE LA REDUCCIÓN OPERADA EXTRAJUDICIALMENTE:** *Aunque al tiempo de presentarse la demanda de reducción de la renta a la cifra que servía de base tributaria, el arrendador hubiera realizado ya la rectificación de la misma —para armonizar la renta fiscal con la contractual—, si la novación se operó, no al tiempo de plantearse la demanda, sino con una manifestación de voluntad del arrendatario realizada con mucha anterioridad al momento en que el arrendador realizó la indicada rectificación de la renta fiscal, la demanda debe prosperar sin que el ejercicio del derecho constituya abuso alguno.*

**REDUCCIÓN DE RENTAS ARRENDATICIAS AL TIPO QUE SIRVE DE BASE FISCAL: CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA EQUIVALENTE A RENTA:** *Cualquiera que fuese la motivación o causa determinante de la contraprestación económica en el con-*

*trato, si como renta se calificó en éste, y como tal la estima la sentencia, sin impugnación eficaz, debe aplicarse la norma del artículo 103 de la LAU sobre reducción de rentas al tipo que sirve de base fiscal.*

**CONGRUENCIA; ALCANCE DE LA MISMA:** *La congruencia requiere acomodación del fallo a las pretensiones de los escritos rectores del proceso, pero no que se hayan de señalar todos los argumentos de las partes y consignarlos en el fallo, si no contienen pretensión autónoma y distinta. [S. de 4 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

**EJERCICIO DE VARIAS CAUSAS RESOLUTORIAS; DESESTIMACIÓN EN LA PRIMERA INSTANCIA DE UNA DE ELLAS Y ESTIMACIÓN DE LA OTRA; CONSENTIMIENTO DE LA SENTENCIA POR EL ACTOR:** *No es posible que el apelado, en la segunda instancia, sostenga una de las dos causas de resolución que, invocadas de modo independiente, fue desestimada por la sentencia de primera instancia que acogió la otra, ya que el actor se conformó con el fallo y acudió a la apelación en el solo concepto de apelado, sin alzarse contra el fallo ni adherirse al recurso en cuanto a la causa de desahucio desestimada.*

**DEMOSTRACIÓN DEL APODERAMIENTO DEL PROCURADOR EN LA APELACIÓN:** *No hay infracción del artículo 840 de la LEC cuando se tiene por comparecido en la apelación a un Procurador que lo hace por escrito, en el que se remite al poder bastante obrante en los autos que el Tribunal tiene a su disposición. [S. de 19 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

**RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO; INFRACCIÓN CONTRACTUAL CONSENTIDA POR EL ARRENDADOR; PRESUNCIONES EN INJUSTICIA NOTORIA:** *Cuando un hecho se tenga por acreditado completamente, y de él se infiera, con la fuerza lógica que la ley exige, la realidad de otro, si el Tribunal —a quo— así lo reconoce, cabrá la denuncia por la vía adecuada de injusticia notoria. No puede ser aceptado el argumento de que al haber existido relaciones amorosas de carácter íntimo entre las dos partes hay que presumir que una de ellas diera el consentimiento a la realización de las obras por la otra, ya que hay que distinguir las relaciones amorosas matrimoniales y las que se originan al margen de ellas, ya que éstas, por la misma ilicitud y temporalidad de que sus mantenedores tiene conciencia, se inclinan más bien a satisfacer la propia pasión que a procurar el bienestar económico permanente de la persona con quien son mantenidas, no habiendo, en todo caso, enlace preciso y directo entre la existencia de dicha pasión y la afirmación del consentimiento respecto a actos que puedan perjudicar o comprometer el futuro bienestar propio, y mucho menos, cuando la presunción ha de operar sobre la base de que tales actos hayan de referirse a la época en que la pasión cesó y la llamada «ley de cambio de las afectaciones» ha producido el efecto de inclinar el espíritu hacia la pasión contraria, como evidentemente se revela que ha sucedido en el propio caso de autos. [S. de 8 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

**RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL DEL ARRIENDO:** *No puede negarse que exista introducción de tercero —causa de resolución— en*

*el local, si el arrendatario del mismo constituye una sociedad, que domicilia en el local y se da de baja como comerciante individual.*

**RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: LEGITIMACIÓN PASIVA:** *En los casos de cesión, traspaso o subarriendo de locales de negocio, no es preciso traer al juicio al cesionario.*

**INJUSTICIA NOTORIA: CAUSA CUARTA:** *En la causa 4.ª de injusticia notoria no pueden hacerse alagaciones de carácter jurídico. [S. de 7 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO: TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA, DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EN ANÓNIMA:** *No puede entenderse que se trate de transformación social, por ministerio de la Ley, la que se produce cuando los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, que voluntariamente elevan el capital social a una cantidad tal que, como consecuencia de la ley de sociedades anónimas, rebasa el tipo de capital previsto para las de sociedad limitada, y determina el cambio de forma de la sociedad para convertirla en anónima. [S. de 9 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

**NOTA.**—El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda resolutoria, la que en cambio fue estimada por la Audiencia Territorial, cuya decisión confirmó la Sala I del Tribunal Supremo. Una vez más se manifiesta el criterio del Tribunal Supremo favorable a la aplicación extensiva de las causas resolutorias, ya que no puede ser más extensiva la doctrina que ve en un simple cambio de forma —operado además en un ente social de responsabilidad limitada que tras la modificación (sin extinción de la sociedad), sigue siendo de responsabilidad limitada—, una causa de resolución contractual. Figura en verdad extraña la de un traspaso en que no hay dualidad de sujetos distintos —el cedente y el cesionario—. Y una vez más se advierte cómo el Juzgado de Primera Instancia, con indudable acierto, a mi juicio, muestra un criterio más favorable a la estabilidad del arriendo que los órganos superiores.

**RESOLUCIÓN POR TRASPASO: TRASPASO AUTORIZADO EN EL CONTRATO: DERECHO INTERTEMPORAL:** *Con arreglo a la disposición transitoria 3.ª de la LAU de 1946, el arrendatario del local de negocio que, con anterioridad a la vigencia de la LAU, tenía reconocido por escrito el derecho de traspaso, podrá ejercerlo libremente y sin sujetarse a lo dispuesto en el capítulo IV de la LAU, disposición aplicable al caso de autos en que, en el contrato de arriendo, se otorga al arrendatario la facultad de traspasar sin subordinarla al cumplimiento de formalidad o requisito alguno por parte del arrendatario. [S. de 7 de marzo de 1970; ha lugar.]*

**RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS INCONSENTIDAS: CAMBIO DE ARRENDADOR:** *Lo doctrina de la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1965, referente a que el otorgamiento de nuevo contrato de arrendamiento, conociendo el propietario la realización de las obras, supone la ratificación por éste y se elimina la posibilidad de que con base en dichas obras se ejercite la acción resolutoria, requiere, como elemento indispensable,*

que el arrendador, al otorgar el nuevo contrato, tuviere conocimiento de la realización de las obras, lo que no ocurre si la sentencia recurrida afirma que se trata de obras no autorizadas y de las que el arrendador no tuvo conocimiento.

**INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE DEL ERROR EN LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS:** *Si el recurso ataca la interpretación de un precepto de la LAU, debe hacerlo por el cauce de la interpretación errónea, y no por el de la violación de norma.* [S. de 23 de mayo de 1970; no ha lugar.]

**RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR RUINA: FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN: SILENCIO ADMINISTRATIVO:** *Según directriz jurisprudencial de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, al interpretar el alcance del silencio administrativo, hay que afirmar que, con relación a las denegaciones tácitas, y una vez extinguido el año, caduca el plazo para ejercitar la acción contenciosa, y adquiere firmeza la resolución no impugnada, sin que sea posible en el acto administrativo posterior expreso, abrir de nuevo un plazo ya finalizado, puesto que lo contrario equivaldría a una indefinida inestabilidad de las situaciones jurídicas. La resolución tardía no tendrá eficacia para, con base en ella, interponer el recurso contencioso-administrativo la parte que dejó ganar firmeza al acto recurrido en reposición, por no interponer el contencioso en el plazo legal, pero la resolución tardía no deja de gozar de eficacia en algún aspecto, pues puede tenerla, ya en trance de ser consentida, ya en el de posible aplicación del artículo 90 de la Ley de lo contencioso-administrativo.* [S. de 3 de marzo de 1970; no ha lugar.]

**RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR RUINA: CITACIÓN DE ARRENDATARIOS EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO:** *Si determinada persona era titular del derecho arrendaticio que hoy—por subrogación—ostentan sus hijos, y dicha persona fue citada en el expediente municipal de ruina, resulta evidente que en cuanto a él se cumplió el requisito de la citación, que no tenía que cumplirse, entonces, con los que en su día pudieron ser sucesores en el derecho arrendaticio, sin perjuicio de que, ulteriormente, el proceso de resolución arrendaticia, se dirija contra los subrogados en el arrendamiento por muerte del inquilino.* [S. de 13 de abril de 1970; no ha lugar.]

**RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAUSA DE NECESIDAD SOCIAL: INTERPRETACIÓN DE LA NORMA EN CUANTO AL CAMBIO DE DESTINO:** *Lo que la ley prohíbe y sanciona, conforme al párrafo 1.º de la disposición adicional de la LAU, es que ningún local destinado anteriormente a hogar familiar, sea dedicado en lo sucesivo, de modo principal, a otros fines, o sea, la transformación del mismo, en orden a su destino, por lo que basta que el cambio se opere bajo la vigencia del precepto—esto es, desde su entrada en vigor hasta la disposición contraria del Gobierno que aún no se ha dictado—, y con independencia de que ello haya tenido lugar antes o después del contrato de arrendamiento vigente.* [S. de 20 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

**IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE ESTIMACIÓN EN MATERIA ARRENDATICIA URBANA: SUPUESTAS IRREGULARIDADES NO ESTIMADAS COMO BASE DE IMPUG-**

**NACIÓN:** *El hecho de haber sido dictado el acuerdo fuera del plazo de treinta días marcado por la Ley y el haber sido formada la Junta obteniendo la relación de nombres para vocales, de la Cámara de Comercio, no constituyen las infracciones señaladas al amparo del número 1 del artículo 1.962 de la LEC, no sólo porque fueron actuaciones consentidas por el recurrente, que no formuló protesta, sino porque el exceso de plazo no está sancionado legalmente con la nulidad del acuerdo, y se halla justificado por la renuncia del primer vocal nombrado y la insaculación de peritos fue practicada a presencia y con beneplácito del recurrente. La facultad del Juez de solicitar dictámenes y peritaciones para asesoramiento de la Junta, es discrecional, sin que su no uso pueda constituir infracción alguna. [S. de 9 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

**PROCESO ARRENDATICIO URBANO; COMPETENCIA OBJETIVA POR RAZÓN DE MATERIA; LOCAL DESTINADO EXCLUSIVAMENTE AL HOSPEDAJE:** *Si el arrendatario arrendó el local para dedicarlo al alojamiento de huéspedes, sin que en ningún momento residiera en él, ni instalase su hogar familiar, la relación contractual se rige por las normas relativas a local de negocio; y la competencia para el ejercicio de las acciones basadas en la LAU —salvo la de desahucio por falta de pago—, relativas a tal arriendo, corresponde al Juzgado de Primera Instancia y no al Municipal o Comarcal. [S. de 13 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

**IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:** *Si la interpretación dada por el Tribunal «a quo», a los contratos, es racional, no procede la casación.*

**CASACIÓN; FORMALISMO; ACUMULACIÓN DE CONCEPTOS:** *Es un vicio formal la acumulación, respecto al mismo precepto, de los conceptos de violación e interpretación errónea. [S. de 12 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

**RECURSO DE CASACIÓN; INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN; CAUCE DEL RECURSO:** *Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala I al afirmar que la competencia por razón de la materia, cuantía y grado jurisdiccional sólo es recurrible en casación por infracción de ley ajustándose al cauce del número 6.º del artículo 1.692 de la LEC.*

**CASACIÓN; QUEBRANTAMIENTO DE FORMA:** *No cabe basar el recurso en quebrantamiento de forma cuando es imputable a la parte que pide el recibimiento a prueba en segunda instancia, el hecho de no haber gestionado la realización, en primera, de esa misma prueba, una vez que había sido admitida por el Juzgado. [S. de 14 de abril de 1970; no ha lugar.]*

**CASACIÓN; RESPETO A LOS HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS EN LA INSTANCIA:** *Ha de desestimarse el recurso en que se hace supuesto de la cuestión en el planteamiento del mismo, al intentar el recurrente sustituir la apreciación de la prueba llevada a cabo por el juzgador, por el criterio personal e*

*interesado de aquél, oponiendo un supuesto de hecho contrario, del que trata de derivar consecuencias distintas de las que real y verdaderamente le corresponden, al hecho sentado en la sentencia que se recurre. [S. de 9 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

## VII. Colaboración a cargo de José POVEDA DIAZ

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: *No es simplemente una confrontación de los títulos que esgrimen los litigantes para determinar cuál sea el preferente, sino que, como acción «erga omnes», precisa que se acredite plenamente el dominio de la cosa y se identifique con la que se reclama. Denegada la reivindicación, el reivindicante no puede exigir indemnización de daños y perjuicios al demandado, puesto que ningún derecho tiene sobre la cosa.*

USUCAPIÓN; REQUISITO DE LA POSESIÓN: *No cabe aducir en casación que se ha adquirido la propiedad por usucapión, cuando la sentencia recurrida declara que no se ha acreditado la posesión, cuestión que, si se quiere impugnar, debe hacerse por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal.*

CONGRUENCIA: *En ningún caso cabe tachar de incongruente la sentencia que absuelve al demandado. [S. de 26 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

2. ASIENTOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD; FALTA DE LA FIRMA DEL REGISTRADOR: *Si bien toda inscripción debe terminar con la firma del Registrador, que implica la conformidad del asiento con el título, la omisión de dicho requisito no produce la nulidad del asiento respectivo, siendo tal defecto susceptible de subsanación, como de hecho se subsanó, por el procedimiento del artículo 319 del Reglamento Hipotecario. Para utilizar el referido procedimiento, no es preciso el consentimiento de los interesados, ya que no se trata de un error de concepto. [S. de 1 de abril de 1970; no ha lugar.]*

3. TERCERO HIPOTECARIO; BUENA FE; PRUEBA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS: *La declaración de mala fe a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es una cuestión de hecho, sólo recurrible en casación por el número 7 del artículo 1.692 de la LEC, siendo totalmente inoperante, por una parte, que se hubiera pedido certificación registral, y por otra, las afirmaciones que se hicieron en la escritura de compra, pues la escritura sólo demuestra que ante el Notario autorizante y en la fecha que se dice, se hicieron por los comparecientes determinadas manifestaciones, cuya veracidad intrínseca no prueba el citado documento. [S. de 24 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.  
Extranjero, 540,— pesetas.  
Número suelto: España, 125,— pesetas.  
Extranjero, 150,— pesetas.