

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIII
FASCICULO IV



OCTBRE. - DICBRE.
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 URÍA GONZÁLEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

FRANCISCO DE A. CONDOMINES: <i>Crisis del Derecho sucesorio</i>	701
LUIS DÍEZ PICAZO: <i>La interpretación de la ley</i>	711
RODRIGO BERCOVITZ: <i>La adquisición de la vecindad civil por nacimiento en territorio distinto al de la vecindad de origen</i>	739

Estudios de Derecho extranjero

JOSÉ BONET CORREA: <i>El régimen jurídico de la inversión del capital extranjero en Bélgica</i>	765
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Bibliografía

Libros 787

BULLINGER, Martin: *Offentiliches Recht und Privatrecht*, por José Bonet Correa.—CRISTOBAL MONTES, A.: *La separación de los bienes hereditarios*, por José Bonet Correa.—ESPIN, Diego: *Manual de Derecho civil español. Obligaciones y contratos*, por José Bonet Correa.—GUIMERA PE-RAZA, Marcos: *Tres estudios sobre aguas Canarias*, por Francisco Lucas Fernández.—JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo Jesús: *El cheque garantizado*, por Angel M. López y López.—LEGUINA VILLA, Jesús: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, por Jesús Carnicero y Espino.—LEONIS GONZALEZ, J.: *La aeronave ante el Derecho real de hipoteca*, por José Bonet Correa.—LUCAS FERNANDEZ, F.: *La contratación en España por extranjeros*, por José Bonet Correa.—SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil*, por Manuel González-Alegre Bernardo.—SANZ JARQUE, J. J.: *Más allá de la reforma agraria*, por J. B. C.—SIMO SANTOJA, V. L.: *Derecho sucesorio comparado*, por J. B. C.

Revistas

A cargo de Antonio Manuel Morales Moreno y Rodrigo Bercovitz 807

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

1. El régimen de separación de bienes como sanción al matrimonio contraído sin el previo "consejo" paterno antes de la reforma del C. c. de 24 de abril de 1958.
2. Alimentos ex art. 1.430 C. c. concedidos en caso de disolución de la sociedad de gananciales distinto del de muerte de un cónyuge, por Jesús Delgado Echeverría 818

II. Sentencias 830

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125—1958.

IMPOR TANTE

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 IV



OCTUBRE · DICBRE.

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.

Crisis del Derecho Sucesorio

FRANCISCO DE A. CONDOMINES

En la inauguración del último curso de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona fue desarrollado el tema "Inquietud en el Mundo de los Juristas" haciéndola derivar entre otras causas del anacronismo legal en que vivimos, referido al derecho civil y poniendo como ejemplo especial lo que está acaeciendo en el campo del Derecho Sucesorio.

En trabajos anteriores (desde 1945) se ha aludido con reiteración a las profundas modificaciones de derecho privado que se han producido y, sobre todo, a las que necesariamente deben producirse por el cambio de los puntos de arranque y la subversión de una jerarquía de valores que parecía punto menos que eterna.

Como quiera que ello no implica la desaparición de la sociedad a que pertenecemos, puesto que aunque llegue a fenecer un tipo determinado de ella, otro se pone en su lugar por vía evolutiva, sin solución de continuidad, es forzoso revisar la situación que da por supuesta el Código civil, confrontarla con lo que nos rodea y deducir de ello si deben o no modificarse las normas vigentes y en qué sentido, para evitar el ya muy viejo reproche de don Antonio Maura que allá por el año 1900 empezaba a temer que nos hubiéramos convertido los juristas en sacerdotes de un culto extinguido.

En todas las ramas o capítulos del Derecho civil es fácil encontrar preceptos que han dejado de ser aptos para la regulación de sus peculiares materias. Pero el fenómeno no alcanza siempre los mismos caracteres: todo lo concerniente a obligaciones, por su mayor carga filosófica y, por tanto, perenne, resiste con facilidad los embates del tiempo. Incluso la regulación específica de ciertos contratos, aun sin admitir por completo la sugestiva doctrina de la materia contractual única, propugnada por el maestro Dualde, sigue siendo en gran parte congruente con la actualidad.

Es precisamente en la materia sucesoria donde el desacuerdo con lo que nos rodea alcanza su mayor medida. En el áureo libro de Vallet de Goytisolo "Sociedad de masas y Derecho" encontramos un apartado (el 59) con descripción de las mutaciones experimentadas en la vida familiar, en especial por la disolución de la sociedad de familias tradicional en la nueva sociedad de masas. Entre los muchos

aciertos del autor (que evoluciona cada vez con más visible trayectoria hacia el mundo subyugante y maravilloso de la pura teoría) figuran las citas de Spengler, que siempre hemos buscado sin éxito en los grandes libros jurídicos. Clarísima exposición la suya, que concuerda con la de otros eminentes sociólogos. El fenómeno no nos gusta; la normativa anterior nos atrae; la organización familiar es evocada con nostalgia. Pero... los hechos nos son dados a los juristas y aunque pensemos, dentro de la propia ortodoxia spengleriana, que estamos viviendo una civilización muy adelantada, esto es, una cultura cristalizada próxima a su final, siempre resultará que la duración de ese período es superior a la vida de varias generaciones. El Derecho tiene que apoderarse, sin precipitación pero sin demora, de esos hechos, para cribarlos y someterlos a un tratamiento eficaz a fin de evitar, o cuando menos paliar, cuanto implique negación o menoscabo de Justicia. Llevamos muchos años pensando y diciendo que no puede prolongarse la situación. Corremos el peligro de que se repita lo que el mismo Spengler afirma lapidariamente haber ocurrido: "el derecho civilizadísimo de una cultura decrepita es impuesto a la época primaveral de una cultura joven". (Edición española, año 1926, tomo III, página 103.)

Esa situación general de crisis se manifiesta, de una manera aguda y tangible, en la rama sucesoria.

Los supuestos demográficos, antropológicos, sociales o de organización familiar en que el Derecho Sucesorio se ha basado, son aproximadamente los siguientes: 1) determinadas expectativas de vida, o sea, un cálculo de probabilidades acerca de la presencia real efectiva y activa de los sujetos en las familias y en la comunidad local o nacional; 2) familia indivisa, estable, arraigada, troncal, y con inferioridad de la mujer considerada como de origen biológico; 3) el dominio de la tierra, del fundo, de la llamada por antonomasia la finca, como bien capital, básico en la economía del grupo y del país; 4) finalmente una organización del poder que, cualquiera que fuera la forma, era en esencia, y sobre todo en su funcionamiento, aristocrática.

Veamos ahora de esos puntos fundamentales que dieron vida a la regulación de las sucesiones que queda en pie y de qué manera.

I. La duración media de la vida humana ha alcanzado los setenta y cinco años y tiende a prolongarse todavía más, gracias al avance de los medios terapéuticos de todo orden y en especial de los que emplea la Medicina propiamente dicha. Mientras esto ocurre, es decir, mientras los sujetos alcanzan lo que se ha venido llamando la ancianidad o la edad muy avanzada, en condiciones de actividad que les permite poder continuar una tarea emprendida, sino con jornadas largas, si con una eficacia derivada de la adición de la experiencia a una base de conocimientos bastante, el empuje de las nuevas generaciones, que aguardan impacientes, adelanta la fecha

de las jubilaciones. Lo mismo da que la jubilación se considere, como lo ha venido siendo, un final de vida activa impuesta por un estado decrepito o valetudinario que concebirlo (cual debería ser lo normal, puesto que es lo justo) como una cesación en el trabajo, manteniendo íntegra la retribución del mismo en calidad de premio merecido por los limpios servicios prestados.

Los clásicos 70 años que tienden en algunas profesiones a prolongarse, van cediendo el paso a los 65, a los 60 y a menos, de tal manera que empieza a dibujarse la formación de grupos muy numerosos de clases pasivas capaces de cambiar la fisonomía externa de unidades demográficas importantes.

En estas circunstancias, el presunto destinatario de una herencia no puede darle gran importancia, puesto que si el causante alcanza esas edades importantes la transmisión se verificará después de jubilado el sucesor que quedará convertido (porque en este mundo no hay nada absolutamente nuevo), en un verdadero fiduciario, disponiendo de un tiempo corto para "pasar" la herencia, después de sufrido el gran recorte del impuesto, a otras manos que la estarán aguardando con poca esperanza de poderla aprovechar, puesto que su vida se halla ya encauzada a base de un nivel solidificado que deriva de las disponibilidades logradas por medio del trabajo personal.

Son innumerables los ejemplos de fracaso de las frases hechas. Así, por ejemplo, "la buena boda", entendiéndose por tal la existencia de un patrimonio del cónyuge, el clásico casamiento con la mujer rica, pertenece a un terreno equívoco y semifantástico: cuando van desapareciendo los usufructos, las sustituciones fideicomisarias y todas las modalidades que despojaban de su carácter de libertad en el empleo y uso a los bienes relictos, los favorecidos han entrado en vejez y se disponen a prolongar los días de su vida de tal manera que la historia se repite en la generación siguiente.

Piénsese ahora cuál es la importancia de las modalidades de sustituciones de toda clase, de fideicomisos de residuo, de fijación, de legitimas y percepción de las cantidades que resulten... Todo ello, insistimos, ha dejado de interesar.

Como consecuencia de esa situación social, el progresivo e insensante aumento de los tipos del impuesto no se detiene, puesto que encuentra muchos partidarios capaces de llegar hasta la negación del fundamento teórico del derecho sucesorio, mientras la defensa que de él realizan los interesados en mantenerla se debilita cada vez más por esa falta de estímulo a que aludimos. Es evidente que en la sucesión entre personas no unidas por el vínculo conyugal o por el parentesco en línea recta ha de llegar en un plazo relativamente corto un tipo de impuesto que equivalga a la confiscación, mientras que entre cónyuges o de padres a hijos no cesará el incremento de la deducción fiscal llegando a pulverizar los patrimonios a la segunda o tercera transmisión.

Ya se comprende que en estas notas no tratamos de emitir juicios valorativos ni de adherirnos a concepciones de la vida jurídica muy diversas de las que han predominado y muy variadas, sino tan sólo poner de relieve lo que es la realidad circundante que fluye con incontenible riqueza y que es indispensable registrar después de contemplada para obtener de ello en la esfera jurídica, las lógicas e ineludibles consecuencias propias de la marcha de corrientes históricas, por este solo hecho irreversibles.

Al perder la herencia casi toda su importancia para el eventual heredero, el trabajo ha pasado a primer plano. Ya apenas se ven rentistas, puesto que el vivir de renta implica la previa titularidad del dominio, o por lo menos de derechos amplios de disfrute sobre una masa de bienes, sobre un patrimonio recibido a título gratuito o acumulado después de un larguísimo período de actividad personal; y es evidente que ello entraña dificultades que pueden calificarse de insalvables.

Además, por importante que sea ese conjunto de bienes dependientes en su destino o aprovechamiento de la voluntad de un sujeto, si no se les emplea con especial competencia, pueden desvalorizarse en poquísimos tiempo.

Una empresa industrial y hasta comercial, si no alcanza un volumen de importancia y si no es explotada competentemente, puede disminuir y hasta perder rápidamente todo su valor. La velocidad de los descubrimientos tecnológicos arruina a las empresas industriales o comerciales, es decir, a la empresa mercantil en general que no se mantiene en condiciones competitivas; y es muy difícil, es punto menos que imposible, que estas condiciones permanezcan en la pequeña empresa, la cual, por inevitable consecuencia de la culminación de los sistemas capitalistas, tiende a ser absorbida, no ya tan sólo por la voluntad dominante o acechadora de situaciones, monopolio de la gran empresa, sino por necesidad imperiosa de la pequeña, cuya debilidad la coloca, a veces en muy breve lapso de tiempo, en trance de muerte.

La empresa agrícola, que empezamos ahora a llamar así, puesto que había sido largamente considerada como un puro dominio de la tierra, sigue la tónica general. La tierra ya no es el valor básico y sobre todo no tiene esos caracteres de permanencia y estabilidad que se lograba mediante una especie de adscripción perpetua de muchas generaciones de propietarios, cuya razón básica de estancia e influencia en la comarca derivaba primordialmente de esa condición.

La consideración social de todos los fenómenos a que estamos aludiendo tiene reflejos interesantes y hasta curiosos. Ya no se concibe la historia tragicómica del hidalgo que llegando a padecer auténtica hambre, espolvoreaba sus barbas con migajas cual si fueran residuos de una copiosa colación. Todo lo contrario: lo de vivir sin trabajar, ahora, como se dice corrientemente, está "mal visto". Y también está mal visto el permanecer aferrado a ciertos modos de

actuación usando el argumento costumbrista que se encierra en la frase: "siempre se hizo así".

Todos somos trabajadores y todos tenemos que someternos a las tónicas que conducen a la eficiencia del trabajo. Es indispensable confiar tan sólo en el feliz resultado de una tarea profesional, empresarial o de cumplimiento de un oficio o servicio, prescindiendo de contar con un ingreso en el propio patrimonio que deriva del hecho de subrogaciones o sucesiones a título gratuito, ya sea entre vivos, ya, como es lo más frecuente, por causa de muerte.

II. A las circunstancias anteriormente resumidas es indispensable añadir, y quizás anteponer la carencia de solidez y permanencia en los valores, que hace difícil el fomento del ahorro por más que las entidades que lo recogen desarrollen una amplia propaganda que llega desde la ponderación de las ventajas de guardar excedentes de dinero hasta la consideración del ahorro como una virtud, de lo cual podría deducirse que el ahorrador es un virtuoso, y que cuanto más se ahorra más virtud se tiene: conclusiones cuando menos dudosas.

El sistema económico está basado en el consumo. Quien se abstiene de invertir o gastar un billete de mil pesetas y lo guarda para otra ocasión, corre el riesgo notorio de que por una extraña metamorfosis se le haya convertido en billete de quinientas pesetas o quizá menos. Además, las que ahora se llaman situaciones de emergencia, es decir, la actualización de riesgos que toda vida debe tener presentes para afrontarlos y de los cuales es ejemplo clásico la enfermedad, especialmente cuando exige una terapéutica quirúrgica, se elimina por medio de sistemas de Seguridad o Previsión, en parte institucionalizados por el Estado, y en parte previstos en contratos privados de los llamados de adhesión con grandes empresas sujetas a rígidas normas de actuación que eliminan el fraude. Si faltan pues esas razones, si la permanencia de los valores se ha convertido en una ilusión, si unos sistemas de publicidad que llegan a determinar las apetencias individuales impulsan irresistiblemente al consumo y si, finalmente, la idea del arraigo, de la presencia constante en determinado lugar y al lado de determinado inmueble desaparece, es claro que tampoco puede subsistir el plan de juntar unos bienes que lleguen a integrar un patrimonio cuya transmisión por vía hereditaria implica un hecho económico decisivo para la vida, subsistencia y comodidad de los llamados a la sucesión. No tiene valor la observación que puede hacerse con base en el hecho evidente del incremento de saldos acreedores en libretas y cuentas. Aparte del aumento de la población absoluta y del ascenso del nivel de vida, para la mayoría de los imponentes o depositarios, en especial las muchas personas con cantidades pequeñas, la idea fundamental no es de ahorro propiamente dicho, sino de reserva que se confía a la guarda y custodia de una entidad, eludiendo los riesgos de la tenencia material del dinero fi-

sico. Por añadidura, con el dinero disponible se obtiene además una renta.

Todavía se encuentran personas preocupadas con la idea de transmitir a sus hijos cierta masa de bienes en cantidad y de calidad prefijadas. Pero su anhelo guarda tan poca congruencia con la realidad circundante que ellos mismos se creen en trance de justificarse arguyendo que quieren conservar sin erosión aquello que recibieron también por vía sucesoria.

No resistimos a la tentación de poner dos ejemplos referidos a la vida de las formas sucesorias en una región tan amante de sus instituciones tradicionales como lo es nuestra Cataluña. Sabido es que la institución de heredero a favor del primogénito varón no responde en modo alguno a normas, sino a una costumbre tendente a evitar la desmembración de patrimonios y a mantener unificada la explotación de la finca, sede familiar, justificándose la parquedad de la legítima en la conveniencia de conservar "las casas principales". A los segundones, se les procuraban unos estudios superiores o una actividad mercantil. Todo ello no anda muy lejos del Derecho de otras regiones españolas con sus mayorazgos y sus hijos adscritos a la Iglesia o al Ejército. Pues bien: se produce ahora un doble fenómeno que hace muy pocos lustros hubiera resultado inexplicable. En primer lugar, los primogénitos se niegan a ser herederos universales que deben pechar, no sólo con el dominio de los inmuebles, sino con la carga de la dirección de su explotación racional y con la necesidad de soportar gastos, salarios y hasta deudas del causante. Más todavía; a la hora de contraer matrimonio, precisamente en aquel momento solemne en que las capitulaciones matrimoniales regulan la vida económica de la familia que se funda, el "hereu", en otros tiempos ansiado marido, no encuentra esposa que quiera compartir sus trabajos y desvelos renunciando a las alegrías, al ruido, al boato y a la policromía de la ciudad, mientras le es dado contemplar cómo los demás hijos alcanzan nombradía y dinero, o cómo por la magia de la plus valía turística ven multiplicado, en proporción increíble, el valor de las tierras estériles, yermas o apartadas, que les fueron destinadas por vía de mísera compensación de unos cortos derechos legitimarios.

La figura, bellamente dibujada en la Sagrada Escritura, de la mujer fuerte con una jornada ilimitada, cuidado del marido, hijos y servidores, atendidos y defendidos contra inclemencias atmosféricas, no atrae a las jóvenes de ahora, deseosas de una vida distinta que elimina la parte histórica del cuadro, sin que impida conservar las virtudes cuyo justo elogio se formula.

III. Con todo ello y con otros ejemplos que podrían presentarse y que "llegaran a cansaros", como dice nuestro libro inmortal, nos encontramos con una corriente de extraordinaria movilidad que conduce a concentrar los habitantes del país en grandes núcleos urba-

nos: es cosa sabida que en cuatro provincias españolas vive casi un tercio de nuestra población total .

Han desaparecido la familia indivisa y la troncal sin que se puedan alegar o presentar excepciones que no harían más que confirmar la regla. No hay más familia que la estricta, la que podríamos llamar conyugal: marido, mujer e hijos sometidos a la patria potestad. El nivel social y económico de la familia depende de la preparación y competencia en el trabajo del marido... o de la mujer, o de ambos.

Resucita con trascendencia jurídica el léxico popular, quizá hasta *barriobajero*: la pariente (“parienta”) por antonomasia es la esposa; todos los esquemas de seguridad social lo reconocen así, pero las consecuencias de tales hechos tangibles, evidentes, todavía no han aparecido ni en el régimen económico matrimonial ni en el derecho sucesorio, especialmente, como es lógico, en la sucesión intestada. No puede servirnos el argumento de las reformas del Código civil derivadas de la Ley de 1958, ni siquiera la tímida valoración de la voluntad de la esposa iniciada por el nuevo texto del artículo 1.413, cuya crítica razonada ha sido ya hecha por grandes e importantes tratadistas.

IV. Esas transformaciones que venimos sintetizando, refiriéndolas a los sujetos, conciernen también, y en parte queda ya dicho, a los objetos por su actividad perseguidos.

Cuando se piensa que la población agrícola activa de los Estados Unidos es de un 10 por 100 y es considerada excesiva y que en España ha pasado de una cifra de principios de siglo que cubría el 90 por 100 a una del 27 por 100 y que en toda Europa (reciente Plan Mansholt) se están haciendo esfuerzos para reducir una población agrícola mucho menor que la española, es fácil darse cuenta de la trascendencia de la mutación. La agricultura para ser rentable necesita de grandes capitales, de dimensiones mínimas, técnica, etc. Los discursos y manifestaciones con acervas críticas del latifundio han perdido su valor, conservándolo tan solo cuando critican el sistema nostálgico de feudalismo empleado por algunas personas naturales dueñas de la enorme finca.

Para poder llevar adelante la adaptación de la vida agrícola a las necesidades y circunstancias de la época, es indispensable la reforma del derecho sucesorio. Sin ello incluso la bien intencionada y bien fundamentada concentración parcelaria carece de sentido porque la participación testamentaria puede destejer y conspirar contra ello como conspiraron contra la unidad política, durante la Reconquista, los repartos de soberanía entre los hijos de Reyes.

Si pasamos a las empresas mercantiles, vemos cómo tiende a quebrar la simple y a veces encontrada enumeración del binomio capital trabajo. El primero ha perdido importancia y debe perderla más, puesto que lo que se llaman derechos políticos, o sea, poder de decisión, pasan a los técnicos, mientras la ascensión hacia los pin-

gües dividendos es frenada por la exigencia de una autofinanciación cada vez más indispensable para poder proseguir la carrera tecnológica con la retribución de los técnicos y obreros especializados.

En cuanto a la riqueza urbana, suelo y edificios, el porvenir se presenta como un dibujo de trazos simples y claros. En España, próxima la celebración de las bodas de oro del primer Decreto de Alquiileres (21 junio 1920) se mantienen firmes los principios que lo informaron —prórroga forzosa y congelación de rentas— y a pesar de que las últimas normas específicas sobre arrendamientos urbanos y una jurisprudencia coherente inspirada en un gran respeto al derecho clásico de propiedad parecían haber dulcificado las reglas, es lo cierto que sustancialmente se mantienen.

Ha llegado un momento en que aun prescindiendo, y es mucho prescindir, de la injusticia inherente a la especulación sobre solares urbanos, llega a reputarse injusto que alguien reciba una casa por herencia, ceda sus departamentos en arrendamiento y aspire a vivir de ello. Un tejido cada vez más completo y aprisionante de impuestos estatales y municipales acaba de dificultar el intento.

La corriente histórica conduce en un tiempo, si no breve mucho menos largo de lo que podría presumirse, a una verdadera socialización que se inicia mediante la construcción de edificios urbanos a cargo de las mismas corporaciones públicas o de las poderosas Cajas de Ahorro cuya labor, sin dejar de guiarse por un ánimo de lucro, resulta agradable y simpática a la mayoría.

Dentro de la masa hereditaria también la propiedad urbana ha perdido una gran parte de su significación y de su importancia que llegaba a teñir de su color determinadas herencias. A la copropiedad originada automáticamente por la muerte del titular y la pluralidad de sus sucesores casi siempre descendientes, le sucede la vertiginosa explosión de la propiedad horizontal y la reunión de numerosas personas con discusiones que pueden llegar a ser tumultuarias acerca de la forma de ordenar los gastos comunes y contribuir proporcionalmente a los mismos. Todo ello tiene consecuencias jurídicas que no podemos analizar para no convertir estas notas en inacabables, pero que llegan a afectar a la subsistencia del contrato traslativo de dominio por antonomasia.

Sería interesante saber cuántos solares vacuos o soportes de edificaciones deficientes se transmiten hoy por compraventa con entrega del inmueble y pago en dinero de todo su precio. El cambio ha llegado a tal extremo que es frecuente que la primera transmisión conste en documento privado y que el adquirente obtenga a su favor un poder de naturaleza derivada y con posible irrevocabilidad para concertar válidas enajenaciones parciales a favor de terceras personas todavía ignoradas.

V. En su consecuencia, la esencial mutación de la importancia y maneras de uso de los bienes, si se conjuga con el también tras-

condencial cambio de la vida individual y familiar, encontraremos un punto central que estriba en la culminación del lento proceso final de la sociedad aristocrática.

Aunque el término aristocracia tenga siempre una primera significación política, no hay inconveniente en aplicarlo a toda organización de comunidades en las que esté concentrada la potestad en una o pocas personas. Es evidente que, muy dulcificada por la moral cristiana, la potestad del padre de familia ha seguido respondiendo a nociones romanas, las mismas que provocaron la simpática rebeldía aragonesa cuando afirmó en sus leyes específicas "por costumbre del Reino no tenemos patria potestad". No ha sido tan sólo aquella misión que el Tribunal Supremo llamaba elegantemente tuitiva, rectora y educadora, sino una verdadera autoridad cuya justificación en los últimos tiempos ha debido buscarse precisamente en aquello que desaparece: la unidad familiar, la necesidad de un criterio de gobierno que se imponga por sí a las opiniones discrepantes que puedan producirse en el seno de la propia familia.

Contra esa concepción, verdadera supervivencia histórica, se levanta también la proclamación no sólo teórica, sino efectiva y práctica en muchos aspectos de la igualdad de sexos, que confiere a la mujer una intervención directa, válida e importante en el régimen familiar, de manera tal que la traída y llevada autoridad marital queda circunscrita a un voto dirimente indispensable en todas las sociedades de personas cuyos componentes son en número par.

Por igual camino discurren otros principios modernos entre los cuales destaca el llamado de igualdad de oportunidades, que obliga a no discriminar la actividad que pueda corresponder a cada uno de los miembros de la familia, puesto que cualquiera de ellos ha de disfrutar de la libertad necesaria para determinar la forma específica de su actividad precedida por la idea del empleo adecuado de sus peculiares aptitudes y aficiones sin necesidad de usar la palabra vocación que aun etimológicamente tiene un valor rotundo que le coloca en posición excepcional.

Ello incide de una manera especialísima en las ideas de sucesión. Que el hijo del dueño o patrono pasara a dirigir la fábrica a la muerte de su padre es un precedente histórico, pero no una costumbre engendradora de normas, de reglas de conducta obligatoria. No se concibe que el hijo del gran economista, que hereda un paquete de acciones, posiblemente mayoritario, pase sin más a dirigir la empresa; porque nunca se ha visto que el hijo de un general pueda suceder directamente a su padre sin que se le obligue a seguir sus estudios y ser uno de los tenientes que los terminan en la Academia. Lo contrario sería injusto y contraproducente.

Ya se comprende que las consideraciones precedentes pueden ser punto de partida para trabajos profundos y enjundiosos que pueden alumbrar los eminentes juristas de España. Aquí sólo por vía de deducción inmediata y aproximada podríamos decir lo siguiente:

A) Es conveniente regular el derecho sucesorio partiendo de la base de la fácil mutación de los valores y de la inexistencia de una familia troncal, estable, arraigada en regiones y comarcas y adherida a un fundo importante.

B) Asimismo es indispensable contar con las apetencias de una sociedad de consumo que tiende repetidamente a rechazar o hacer ilusorio el ahorro propiamente dicho según el concepto que del mismo se tuvo en épocas todavía cercanas.

C) Como secuela de todo ello, resulta inadecuada la prohibición de pactos sobre herencia futura contenida en el artículo 1.271 de nuestro Código civil. Por el contrario, la sucesión pactada, ya vigente en derechos regionales, debe alcanzar un amplio desenvolvimiento. Los impuestos que gravan las sucesiones pueden atenuarse en todo lo que se refiere a la familia conyugal, mientras que en las sucesiones a favor de otros parientes o de extraños su progresión se estima pertinente y justa.

D) El orden de suceder intestado debe empezar por el cónyuge y limitarse a la línea recta y al segundo grado en la colateral.

E) En la sucesión testada es recomendable la fijación de cuotas de legítimas que unifiquen la legislación española, ampliando la libertad de testar y manteniendo la acertada institución de la mejora.

La interpretación de la ley (*)

LUIS DIEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

La elección del tema de esta disertación no ha resultado una tarea fácil ni cómoda y se ha producido después de no pocas vacilaciones. Los profesores somos a veces demasiado amantes de la especialización y con frecuencia proclives a la búsqueda de temas en los cuales sea posible hacer gala de alguna dosis de erudición. No diré que este tipo de trabajos no proporcione una indudable utilidad en la medida en que contribuyen a resolver un problema o, por lo menos, a aportar un cierto número de datos que arrojen sobre el mismo alguna luz. Sin embargo, en ellos queda en pie lo que a mí me sigue pareciendo nuestro tema central: esto es, el sentido último que posee la reflexión y la búsqueda que el jurista lleva a cabo. Porque este es el problema que tenemos más o menos conscientemente planteado y el que yo quiero plantear. El planteamiento del problema creo que es además una especie de examen de conciencia. Con ello quiero decir que no se trata tanto de explicar o de explicar lo que otros han pensado como de llevar a cabo una nueva meditación. Siempre he creído que la aventura intelectual es, como las cartas de identidad, algo eminentemente personal o intransferible; que uno debe ir construyéndose solitaria y fatigosamente una imagen del mundo —también, naturalmente, del mundo jurídico— y que en esta construcción lo que otros han pensado es un material inestimable, pero es solamente un material. Una vez más, también aquí, no se trata tanto, me parece, de creer en algo, ni de encontrarle unos fundamentos más o menos claros, o más o menos serios, a la creencia que se profesa, cuanto de capturar una idea.

(*) Por invitación amable del Decano Comisario de la Facultad de Derecho de San Sebastián, dentro del ciclo titulado "La Ciencia Jurídica Española en los últimos años", pronuncié el 2 de septiembre de 1969 una conferencia sobre "Nuevas orientaciones y perspectivas en materia de interpretación". Una posterior reelaboración de aquel trabajo me sirvió de base para redactar el discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, honor que debo a la bondad de los excelentísimos señores don Emilio Attard Alonso y don Vicente Pons Franco. A la generosidad de este último actual Presidente de la Academia y Decano del Colegio de Abogados debo también la licencia para publicar el presente texto, que es sustancialmente el mismo que fue objeto del discurso y que conserva por ello la estructura de una pieza de este género.

Por eso, mis palabras de esta tarde, si tienen algún sentido, yo quisiera que fuesen entendidas, antes que como cualquier otra cosa, como una meditación o como una cavilación sobre el quehacer de los juristas o sobre nuestro quehacer como juristas. Dicho de una manera rápida y quizá un poco rudamente, el esquema de la pregunta es éste: ¿de qué se trata?; ¿cuál es la sustancia, la naturaleza y el significado de la actividad de los juristas?; ¿qué es lo que hacen?; ¿cómo lo hacen?; ¿para qué lo hacen?

Ninguna cuestión hay, seguramente, dentro del campo jurídico, que sea tan trascendente como ésta y que haya sido en los últimos años objeto de un debate tan amplio y tan apasionado. Ninguna cuestión es como ésta tan esencialmente aporética y ninguna continúa tan renovadamente vigente. De esta renovada vigencia que la cuestión adquiere en nuestros días es en muy buena parte culpable la aguda situación de crisis —crisis ideológica y crisis social— por la que, querámoslo o no lo queramos, atraviesa este mundo en el que nos ha tocado vivir. Esta crisis de nuestro mundo, es, en primer lugar, una aguda crisis social, que puede ser considerada como una crisis de los modos y modelos de comportamiento humano, producida, probablemente, por la revolución tecnológica y por la llamada explosión demográfica. Es, en segundo lugar, una crisis de las ideologías o de las creencias que dotan de sentido a esos comportamientos humanos. No quiero decir —por supuesto que no— que presenciemos, como se ha dicho, un “ocaso de las ideologías”. Lo que ocurre es que aquellas ideologías y creencias que nosotros habíamos heredado de nuestros mayores, han ido perdiendo todo o gran parte de su sentido y que no hemos encontrado todavía otras con las cuales podamos sustituirlas.

En el campo jurídico ello significa que tenemos que dar una respuesta a la pregunta por el sentido del quehacer de los juristas. Ser creyentes del positivismo, ni creyentes del *ius naturalismo*, lo que, si bien se mira, es una honda tragedia.

Efectivamente: no podemos ser positivistas. El contexto histórico de nuestra vida nos lo impide. La época de las dictaduras totalitarias y el final de la segunda guerra mundial han desnudado al positivismo y lo han dejado a la intemperie. Toda una generación de juristas ha comprendido en su carne que el derecho no es, ni puede ser la voluntad de un *führer*, ni el escueto mandato de un grupo que domina la organización política. El mandato del jefe o de los grupos que ejercen el poder político, puede no ser una norma jurídica. Por el contrario, en ocasiones puede llegar a ser un auténtico delito de derecho de gentes.

La crisis del positivismo nos lleva entonces a esta ineludible consecuencia: las reglas cristalizadas en textos legales o implantadas a través de ellos, que un determinado Estado considera como normas vigentes en un momento dado, no son, por este puro hecho, normas de Derecho, sino que es preciso que tras ellas o bajo ellas exista algo

más y es este algo más lo que las legitima y les da valor. El valor normativo de los textos legales no se encuentra entonces en ellos mismos, sino que se halla en esa instancia superior que en definitiva las legitima.

Tampoco podemos ser iusnaturalistas. La idea tradicional del Derecho natural conduce, en mi opinión, a una aporía insuperable. Prescindiré de decir que las llamadas normas del derecho natural no encuentran en rigor su base en la naturaleza, sino en la historia y en la cultura. No tienen, pues, un valor axiomático, permanente e inmutable, sino que son las resultantes de coordenadas, históricamente dadas, de factores sociales y económicos. ¿Cómo se determinan? Hay aquí un profundo dilema no siempre bien esclarecido. Puede el criterio determinante ser la razón individual, pero entonces caemos en el más completo subjetivismo que, si bien puede ser válido como criterio moral, es incompatible con un fenómeno eminentemente social como es el derecho. Esta idea individualista es seguramente la raíz originaria del concepto de derecho natural, que fue tremendamente revolucionaria, pues justifica la lucha y la rebeldía contra la ley y contra las autoridades constituidas. Cuando las cátedras de derecho natural son introducidas a fines del siglo XVIII son sospechosas de herejía. Y si en vez de definirlo, la razón individual se busca un criterio objetivo y lo determinan las autoridades —los doctores, los pontífices o los líderes—, entonces y con ser respetable tal tarea, caemos de nuevo en la positividad pero esta vez por una puerta falsa.

Es precisamente en este contorno donde han hecho crisis una concepción positivista del derecho totalmente insatisfactoria y una concepción iusnaturalista que no nos proporciona la certidumbre deseada, sino que o bien nos impone un puro relativismo subjetivista a la larga peligrosamente revolucionario o bien nos obliga a la renuncia de la ciencia a través de la fe en el principio de autoridad de los definidores, donde se encuadra mi pregunta inicial por la sustancia y la naturaleza del quehacer de los juristas.

La mayor parte de los juristas, decía hace más de treinta años Joaquín DUALDE (*Una revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, 1933, pág. 8) viven en el Derecho como pampa virgen. En los demás órdenes de la vida, todos desarrollan sus métodos, los purifican y los aguzan. En las ciencias y en las artes todos cultivan con exquisito cuidado este fecundo preliminar, este noviciado del pensamiento y de la acción. Tiene el químico su laboratorio, el biólogo sus preparaciones para el microscopio y el ingeniero sus matemáticas, es decir, métodos establecidos con antelación al trabajo de fondo, como el cantante se ejercita primero en situar su voz, en aprender a transportarla y en moverla por escalas y como hasta en lo más material el boxeador tiene su entrenamiento para ejercitarse en lanzar y prevenir golpes. Sólo el hombre de Derecho carece de método previo y trabaja como un ingeniero que contara con los dedos o

como un cantante que ignorara la existencia del pentagrama fiado en sus cualidades ingénitas.

Una pregunta similar se hace LARENZ cuando, en las primeras páginas de su extraordinario libro "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" (ahora trad. cast. de Enrique Gimbernat, Barcelona, 1966), interroga: ¿Qué es la ciencia del Derecho? ¿Es de verdad una ciencia, esto es, una actividad intelectual dirigida a la adquisición de conocimientos o es sólo un conocimiento ordenado de lo que se considera Derecho *hic et nunc* en una determinada comunidad jurídica? ¿O acaso es sólo una tecnología o un método para decidir casos jurídicos, según determinadas reglas que se podrían calificar de máximas prácticas o de reglas convencionales?

Cabe responder a nuestro inicial interrogante —cuál es el quehacer de los juristas, cuál es el sentido de este quehacer limitándose a decir que los juristas deben aplicar la ley en cada caso concreto. Sin embargo, es posible que las cosas no sean tan sencillas. Quizá el mejor camino para comprenderlo sea el camino de los ejemplos. Hay dos que a mí siempre me han seducido y que nos ponen sobre la pista de la enorme dificultad que encierra una tarea sólo aparentemente simple.

El primero de estos ejemplos nos lo proporciona Wilhelm SCHEUERLE (AZP, 1967, 305). El monasterio de St. Gall se regía por la regla de San Benito que prohibía terminantemente que las mujeres pudiesen pisar el umbral del monasterio. Era patrono y protector del mismo y señor territorial el Duque de Suabia, título que recibió en el siglo X la Duquesa Hadwig, a quien el cronista describe como una joven viuda de noble aspecto y nada usual belleza, pero con un espíritu cortante y un aspero corazón dentro del pecho. Manifestó la Duquesa su voluntad de visitar la Abadía y de conocer la vida de los monjes y el problema quedó planteado. La aplicación de la regla parece que debía conducir a los monjes a impedir la entrada de la Duquesa por razón de su sexo. La interdicción de la entrada a quien era portador del título de patrono y gran protector podía acarrear funestas consecuencias y poner en peligro el futuro de aquella casa de Dios. Convocó el Abad un capítulo y concedió la palabra a los monjes por el orden inverso al de su edad, por lo que fue el primero en hablar el maestro Ekkehard. Saepe iuniori dominus revelat quod melius est. Ekkehard habló así: La Duquesa es el patrono de nuestra abadía y en esta calidad debe ser considerada como un hombre; y si nuestra regla es estricta, que entre sin poner los pies en el umbral.

El segundo ejemplo que suelo contar con frecuencia, se inspira, con algunas variantes, en un texto de RECASÉNS, que a su vez lo toma de RADBRUCH y de PETRASICKY. En todos los vagones de ferrocarril se encuentra una placa metálica donde se transcribe un extracto del reglamento de policía de los transportes. Figura allí una regla según la cual está prohibido viajar con perros. ¡Los perros a

la perrera! Pues bien, en una ocasión dada sube al tren un campesino portador de una cabra. En la discusión entre el viajero y el revisor, el primero de acuerdo con el texto y con una lógica estricta, parece tener la razón. El revisor en cambio piensa que tanto da un perro como una cabra. Es decir, que la cabra es un perro para los efectos de la ley. Esta discusión es un debate tan antiguo como la historia del derecho. ULPIANO recuerda en Dig. 9, 1, 1, que la Ley de las Doce Tablas concedía una acción si quadrupes pauperiem fecisse. Pero en una ocasión llegaron a Roma unas avestruces africanas y ante los deterioros que su paso causó, PAULO dijo que "haec actio competit et si non quadrupes sed aliud animal pauperiem facit". Es decir, las avestruces son cuadrúpedos para los efectos de la actio de pauperie.

Está ya claro que la llamada aplicación del derecho al caso concreto no es una simple y automática subsunción de los hechos dentro de las hipótesis generales previstas por las normas. La doctrina tradicional consideraba la subsunción como un sencillo silogismo en el cual la premisa mayor estaría constituida por la norma jurídica, y la premisa menor por los hechos, de manera que la conclusión se produciría por sí sola, automáticamente. Las cosas no son, sin embargo, tan simples. Como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina moderna, ocurre en primer lugar que la operación jurídica no es sólo puramente lógica, sino que, como más adelante veremos, se encuentra teñida y entran en su composición factores extralógicos —dialécticos, retóricos y en alguna medida intuitivos—. Pero es que, además, en cuanto operación lógica, la tarea reviste una complicación mayor que la que la doctrina tradicional suponía. Por lo pronto parece claro que en los mecanismos que conocemos de aplicación del derecho la norma no actúa nunca automáticamente una vez que el juez ha fijado los hechos. En nuestro Código penal existe un texto, el artículo 405, según el cual el que matare a otro será castigado con la pena de reclusión menor. No basta, obviamente, que un juez constate y fije el hecho de que el acusado ha sido el causante de la muerte de la víctima para que la pena de reclusión menor resulte automáticamente. Es necesario, claro está, que el juez decida que la regla aplicable es precisamente esa y que además la introduzca en su sentencia como fundamento de su decisión. Por otra parte, la norma no es nunca un texto simple y escueto. Para obtener una norma es necesario muchas veces coordinar textos diferentes. Una norma sólo resulta, por ejemplo, de la conexión del artículo 405 con el artículo 8 y con los artículos 406 y 407. Su tenor sería poco más o menos así: si una persona realiza determinados actos como consecuencia de los cuales resulta la muerte de otra, voluntariamente buscada, o imprudentemente producida, y no concurren causas de justificación, ni tampoco premeditación, ni alevosía, ni parentesco, etc., etc. La consecuencia jurídica —la pena de reclusión menor—, por otro lado, aparece matizada por una

serie de reglas que permiten graduar, aumentar o reducir el número de años.

Por esta razón, quienes quieren mantenerse aún fieles a la idea de la "aplicación de la ley", no pueden por menos de admitir una cierta mayor complejidad en el silogismo de subsunción o en lo que LARENZ ha llamado el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica.

Habría, en la operación mental, que lleva a la decisión, por lo menos cuatro fases o etapas:

1.º En primer lugar, el juez o el aplicador del derecho debe fijar los hechos concretos sobre los cuales está operando, es decir, debe constatarlos y describirlos. Se trata de fijar que el caso a decidir es H y que, en cambio no es H', ni H". Para ello es preciso establecer cada una de las características relevantes de H, como son, v. gr., h1, h2, etc. Obsérvese que aquí hemos hablado ya de *características relevantes* y que esta idea de la relevancia de las características del caso encierra un verdadero criterio valorativo, como más adelante veremos.

2.º En segundo lugar, será necesario seleccionar la norma sobre la cual la operación se va a producir. Ahora bien, como hemos dicho antes, esta labor exige, primero la captura de la norma a través del material, exige además la atribución de sentido a dicho material y por último la exclusión de la aplicación de otras posibles normas.

3.º En tercer lugar será necesario llevar a cabo un contraste entre los elementos hipotéticos del supuesto de hecho de la norma y las características del caso.

4.º Por último, será necesario, fijar el sentido y el alcance de la consecuencia jurídica establecida por la norma.

Hasta aquí muy sucintamente expuesta la doctrina tradicional sobre el silogismo de subsunción o silogismo de determinación de la consecuencia jurídica. Una revisión o una reelaboración podría hacerse intentando parar la atención en algunos puntos del esquema.

a) En primer lugar, la doctrina tradicional parte de la idea de que el Derecho es algo que se encuentra previamente dado y formulado o cristalizado en las normas. A todos nos han enseñado que las normas son el Derecho. El Derecho es, pues, una previa formulación abstracta y general que nos viene ya dada. Es, rigurosamente hablando, un "datum". Precisamente por esto puede hablarse de una "aplicación". El Derecho se "aplica" porque se desarrolla, porque se extraen de él unas consecuencias. En la actividad de "aplicación" la norma aparece como el elemento determinante y la decisión del caso como lo determinado por ella.

Tal vez cupiera mudar esta perspectiva. Como ha dicho —naturalmente dentro de un cuadro de preocupaciones muy diferente del nuestro— el P. SCHILLEBEECKX, una de las principales características de nuestra época es su oposición al racionalismo de los siglos ante-

riores. Fuertemente influida por el helenismo —sigue diciendo este autor—, la cultura occidental ha estado apegada a las “verdades abstractas, universales e inmutables”. Hace ya tiempo, sin embargo, que se abre camino una nueva corriente cuya idea-motriz se expresa en la fórmula ¡a lo concreto! Al pensamiento puramente conceptual se opone hoy la experiencia vivida.

Pues bien, partiendo de tales ideas tal vez pueda llegarse a la conclusión de que el derecho no es una formulación abstracta y general con un valor universal, sino que es la experiencia vivida, la experiencia existencial de una decisión o de una serie de decisiones justas sobre casos concretos. La expresión “esto es derecho” significa que un determinado conflicto correctamente, derechamente, debe decirse así. El derecho no es entonces un “datum”, sino un “quaesitum”. No es algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que buscar incesantemente. Las normas no son formulaciones de validez general, sino por decirlo así como las pistas que ha de seguir la investigación o la búsqueda. Bajo este prisma, una regla aparece o bien como una generalización de una decisión precedente, es decir, como una experiencia generalizada, o bien como una decisión hipotética de una gama más o menos amplia de posibles casos.

b) El segundo punto en el que nuestro análisis puede incidir, estrechamente relacionado con el anterior, es la idea o configuración de las normas jurídicas como mandatos. Creo que hemos heredado una idea mítica de las normas, con arreglo a la cual las normas son mandatos —justos y racionales, por supuesto, y ordenados al bien común—, que los súbditos o los destinatarios deben obedecer y que se ejecutan a través de una sanción que puede ser impuesta mediante un aparato coactivo.

Esta idea tiene, como decía, mucho de mítica. Especialmente para los juristas habituados a manejar los cuerpos fundamentales del derecho privado resulta, cuando se reflexiona un poco, sumamente extraña. Los textos de nuestro Código civil que regulan, por ejemplo, la distinción entre bienes gananciales y bienes privativos o el derecho de acrecer, ¿son mandatos? ¿Estamos acaso obedeciendo a don Manuel Alonso Martínez, al Congreso de los Diputados de 1888-1889 o a la Reina Regente Doña María Cristina? ¿Es que ese mandato se renueva constantemente? Me parece obvio que no es así. Esos textos se han limitado a recoger unos criterios que poseían ya un valor y que lo hubieran poseído aunque el texto no los hubiera recogido. Quiero decir con ello que, aun sin tales textos, en la sociedad española o al menos en una parte de ella, las relaciones económicas matrimoniales y la delimitación entre los bienes privados de cada cónyuge y los bienes comunes o las consecuencias de la vacante de una porción hereditaria, cuando varios herederos son llamados a la herencia sin especial designación de partes, hubieran continuado rigiéndose de acuerdo con unas directrices dadas. El texto formalmente constituido Ley, declara estos principios, les dota de fijeza, los

perfila, pero no los crea. ¿Qué diferencia existe entonces, cabría preguntar, entre la labor de este legislador y la labor de un recopilador de costumbres? Sustancialmente, parece que ninguna.

Por ello, OLIVECRONA hablaba de las normas como imperativos independientes. Las normas no son mandatos, sino imperativos que poseen vida propia e independiente de quien los crea formalmente.

Cabría todavía aludir a lo que con mucha gracia GONZALEZ PALOMINO ha llamado las leyes "adpompan vel ostentationem" y al reciente fenómeno de la legislación tecnocrática, donde aparecen afirmaciones retóricas, que todos saben que tienen un valor como manifestaciones políticas, pero que no serán jamás llevadas a la práctica: Y cuando el mandato es llevado a la práctica, desbordando las coordenadas de obediencia, lo más probable es que el mandato se incumpla. Las leyes fiscales y las leyes arrendaticias suministrarán un abundante material para una sociología del derecho en este sentido.

Aquí se encuentra uno de los puntos más importantes de la sabiduría política: debe ser mandado aquello que tenga una razonable probabilidad de ser obedecido. El poder, yo diría que es aquella situación en la cual encontramos satisfacción a nuestros intereses, a nuestras aspiraciones y a nuestros deseos. En particular, satisfacción a nuestro interés de poseer y disfrutar bienes —poder económico— y satisfacción de nuestra aspiración de que otros hagan aquello que nosotros deseamos que es el poder de gobierno o poder político. Pero es obvio, entonces, que la base o el factor determinante de esta "situación" que permite poseer o ser obedecido radica en un básico consensus de los demás. Un consensus general, espontáneo y tácito constituye así la base tanto del poder económico como del poder político.

Con todo esto yo querría venir a parar a una primera conclusión: lo que hay en la base misma de todo sistema jurídico es un conjunto de creencias y de convicciones más o menos reflexivamente profesadas por el grupo humano que vive en la historia. Si en la existencia o en la evolución de tales creencias cabe detectar un influjo extrahumano o divino, me parece que es un problema teológico en el cual por obvias razones nosotros no debemos entrar.

La segunda conclusión consiste en afirmar que las normas jurídicas no constituyen encarnaciones de una voluntad de configuración del futuro, sino una forma de generalización indicativa en orden a la satisfacción de pretensiones o, si se prefiere, una enunciación de los criterios generales de decisión de los conflictos. Me ha llamado muchas veces la atención ese anuncio con el que la televisión nos martillea el cerebro durante los veranos advirtiéndonos que cuando un monte se quema algo nuestro se quema. La voluntad de configuración del futuro no se hace efectiva con las reglas de derecho. Las reglas de derecho que castigan los incendios dolosos o imprudentes tienen otro alcance. ¿Cuál es? Simplemente, estimar justa una pretensión dirigida a la imposición de una sanción o a la obtención

del resarcimiento del daño. Una consideración parecida creo que podrían suscitar las normas relativas al adulterio. Las sanciones jurídicas del adulterio tienen su base sin duda en una serie de creencias sociales y en una escala de valores de acuerdo con las cuales el adulterio no es un desideratum. Sin embargo, esas normas no tratan de realizar el ideal de un mundo sin adúlteros, ni el de promover una sociedad donde haya pocos adúlteros. Para esto haría falta algo tan poco jurídico como el anuncio de la TV, que sería... qué sé yo. Tal vez, además de una profilaxis educativa o religiosa, una política de felicidad sexual. Jurídicamente, la sanción del adulterio significa sólo que una pretensión debe encontrar su cauce.

c) El tercer punto en el cual conviene revisar, a mi modo de ver la doctrina tradicional, se encuentra en lo que puede llamarse la enunciación del esquema normativo que permite la subsunción y el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica. Generalmente, este esquema normativo viene siendo representado con la fórmula "Si es S debe ser C", es decir, si se produce el supuesto de hecho "S", debe ser la consecuencia jurídica "C".

Sin embargo, tras el análisis que hasta aquí he intentado realizar, el esquema normativo queda más claro si se lee así: Si "S" ha sido, es justo que se decida "C" o todavía mejor, "es justo que la pretensión C sea atendida y amparada". Con ello quiero sobre todo marcar tres características diferenciales con el esquema tradicional que me parecen importantes. La primera es que el supuesto de hecho no es nunca un fenómeno contemporáneo de la consecuencia jurídica, sino que es un preteritum, es decir, S ha sido o ha existido en un momento anterior cuando C se produce. La segunda nota consiste en que la relación entre S y C no es "consecuencial", ni por lo tanto automática. Dicho de otro modo —o, si se prefiere, tercera característica—, C no es un puro deber ser, sino que es una decisión justa o la justa satisfacción de una pretensión.

En un sentido muy amplio, se puede llamar interpretación a todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para aplicar el derecho. En el sentido que nosotros hemos dado a la idea de "aplicación" ello exige la búsqueda auténtica del derecho o de "lo derecho", es decir, del *iustum* concreto. El *iustum*, sin embargo, no se debe entender como una individual creencia o como una individual intuición de justicia. El buen juez Magnaud a mi me parece un mal juez. El juez es un oráculo de la comunidad en que vive y la idea del *iustum* es una idea social. Situados en este terreno, la cuestión estriba para mí en saber si la esencia del *iustum* está en la generalización de unas creencias individuales o en el "consensus" tácito prestado a un mundo de creencias, o de vigencias como también decía ORTEGA, sean éstas más generalizadas o menos. La diferencia puede ser importante. En el primer caso, el *iustum* se formaría por la mayoría de las creencias individuales en cuanto tales creencias han sido apropiadas como suyas por los individuos. Por ejemplo, el ochenta por

ciento de los ciudadanos de un país cree que es justa la expropiación de los latifundios. En el segundo caso, en cambio, se presta un *consensus tácito* a un mundo de vigencias. Por ejemplo, el noventa por ciento de los ciudadanos está dispuesto a continuar admitiendo, con independencia de sus creencias personales, un orden jurídico en el que los latifundios no son expropiados. Desde un punto de vista sociológico, me parece que esta segunda forma de ver las cosas se aproxima más a la realidad tal como ésta acontece ante nuestros ojos.

Bien. La interpretación, en sentido amplio, es la serie de actividades encaminadas a la búsqueda de este *ius* concreto. La interpretación se convierte así en una difícil y delicada tarea en la cual el derecho no se crea, evidentemente, pero sí se recrea. Como el ejecutante de una obra teatral o musical, el intérprete del derecho no se limita nunca a repetir una obra ya terminada, sino que la reconstruye incesantemente. Más aún, el intérprete del derecho, pone en la obra que acomete mucho de su genio creador, porque no le dejaron como en la quinta sinfonía de Beethoven una obra terminada. Al contrario, es como si hubiera que reconstruir la sinfonía conociendo sólo parcialmente los temas. O como en esas obras de teatro en las que a los actores se les libera de una total servidumbre del texto y de algún modo improvisan. Hay, por lo menos, una serie de variantes o de opciones ante las cuales el intérprete se encuentra situado.

Los problemas centrales de la interpretación jurídica se plantean precisamente en torno a estas opciones y, escuetamente, son éstos. Esas opciones, ¿debe el intérprete realizarlas libre y espontáneamente o debe ajustarse a unas reglas, cánones o criterios preestablecidos? Si la respuesta es esta última, ¿cuáles son estos cánones o criterios? El primer problema consiste en dilucidar si el intérprete del derecho ha de proceder en la tarea interpretativa sujetándose a determinadas reglas o a cánones o esquemas que se encuentran preestablecidos, o si por el contrario, dispone de una libertad absoluta para llevar a cabo su cometido.

A comienzos del presente siglo, se desarrolló en Europa una corriente doctrinal, que preconizó una libre interpretación, una libre búsqueda y una libre investigación del derecho (EHRlich, KANTORowicz) y que fue llamada por ello "escuela del derecho libre" (*Freirechtschule*). La escuela del derecho libre representa en cierta medida una reacción frente al formalismo y frente al legalismo de los tiempos anteriores, tratando de superar las inconsecuencias y las injusticias a que muchas veces condujo una aplicación mecánica y literal de los textos legales. Representa de algún modo un movimiento afín a los que en el campo del arte se producían contemporáneamente como un intento de liberación de los cánones clásicos. Pero, como ha dicho HECK, la libre búsqueda del derecho consiste de facto en la posibilidad de decidir sin ley. Se intenta alcanzar el orden y la

justicia por medio de decisiones de casos concretos que el juez en cada momento adopta libremente.

En su forma más pura, conduce a un sistema de creación judicial del derecho (*judge make law*), que es contrario, no sólo a las tradiciones, sino también a la constitución jurídico-política de los países de la Europa continental. Cabe, además, observar que incluso en los países de "common law" donde la función de creación judicial se desarrolla con mayor amplitud, el juez nunca decide con absoluta libertad, sino que está vinculado por los precedentes. Los precedentes son decisiones anteriores cuya doctrina ha venido siendo hasta el momento observada.

En una forma más atenuada, se ha preconizado, en aquellos países en que el Derecho se encuentra cristalizado en forma de ley, una libre iniciativa judicial para colmar las lagunas o los vacíos de la ley, o cuando menos, para optar entre las diversas variantes que el texto legal ofrece.

La libertad absoluta del intérprete no parece que sea defendible. El intérprete del derecho no realiza como el artista una obra individual, sino que cumple una función social. Sus decisiones están llamadas a producir consecuencias en otras personas y estas personas es justo que sean tratadas de una manera uniforme. La seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales y que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos. De otro lado, la libertad absoluta del intérprete, que en determinados casos podría llevar a una justicia mayor, entrega el ciudadano al arbitrio del juez, con todos los peligros que ello acarrea.

El derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica obliga a rechazar la llamada libre búsqueda del derecho y a actuar al intérprete de acuerdo con unos criterios conocidos.

La interpretación debe encontrarse en alguna medida vinculada por unos cánones o criterios que el intérprete debe seguir. ¿Cuáles son estos cánones o criterios hermenéuticos? No es esta una cuestión fácil de esclarecer. La primera posibilidad que ocurre es la de respeto a un texto preestablecido, a un texto legal. Pero ello vuelve a plantear, ahora desde otro punto de vista, el problema del encaje entre caso y la ley.

La interpretación es, ante todo, la fijación de unos hechos concretos, que constituyen el caso que ha de ser objeto de decisión o de solución, es decir, la fijación de *H*. En la fijación de los hechos ocurre algo que es extraordinariamente significativo. El juez o el que aplica la ley no decide nunca sobre los hechos (en cuanto hechos reales), sino en cuanto constituyen el tema o el objeto de un relato o de una narración que se le ha sido facilitada. El caso jurídico es de esta manera, rigurosamente hablando, una historia. Por ello, el intérprete debe en primer lugar comprobar la existencia histórica del caso y comprobar además históricamente sus elementos componentes o sus

circunstancias. Si los hechos se produjeron o no efectivamente, y cómo fueron en su existencia histórica estos hechos. Para ello el intérprete debe proceder de una manera muy similar a la que utilizan los historiadores. Debe servirse de unos medios de prueba que son fundamentalmente testimonios y documentos.

Al mismo tiempo que el caso jurídico se historifica, debe también decantarse, es decir, debe ser despojado de todo aquello que sea intrascendente a efectos del problema jurídico planteado, dejándolo reducido a su sustancia jurídica. Para ello es ya preciso tener a la vista la norma o las normas dentro de las cuales el caso puede, prima facie, ser encajado, pues esta sustancia jurídica del caso sólo puede ser obtenida a la vista de las normas. Por ello, si bien es cierto, como suele decirse, que la aplicación de la ley es un ajuste o un encaje del caso en alguno de los supuestos hipotéticos previstos por las normas, en alguna medida la proposición contraria es también cierta, pues, al fabricar la historia que se va a decidir, el intérprete tiene que moldearla precisamente para que quepa en alguno de esos hipotéticos supuestos normativos.

Tomemos, por ejemplo, el caso que decidió la sentencia del T. S. de 8 de febrero de 1902. Se discutía si una serie de monedas de oro y de plata, de los tiempos de Carlos III y de Isabel II, halladas en un rincón escondido de un armario biblioteca perteneciente a una testamentaria, constituían o no un tesoro oculto. En el relato de los litigantes se nos explican una serie de detalles que luego resultan intrascendentes. Los halladores, que eran un escribiente y un conserje-ordenanza, estaban practicando la operación de clasificación y entrega de los bienes, el día 26 de junio de 1896, eran las diez de la mañana y al sacar los libros colocados en una librería chapeada de caoba, colocada en el gabinete de la derecha, hallaron en un rincón, escondidas dentro de los libros y envueltas en un papel las monedas de oro en cuestión. De todos estos hechos, cuya realidad histórica era necesario comprobar mediante declaraciones y en su caso documentos, hay algunos que resultan intrascendentes, como, por ejemplo, que fueran las diez de la mañana o que la librería estuviese chapeada de caoba. Para reducir el caso a la sustancia, el intérprete debe tener a la vista la posible norma en que el caso puede ser encajado.

La intrascendencia de unos hechos y la trascendencia de otros viene dada, sin embargo, por el sentido de la norma o normas cuya aplicación se ponga en cuestión. Por ejemplo, el hecho de que fueran las diez de la mañana es indiferente si se cuestiona la calificación de las monedas como tesoro oculto y los derechos del hallador. No lo sería, en cambio, si se hubiera tratado de una acusación de robo, donde hubiera podido jugar como circunstancia agravante la "nocturnidad".

La interpretación no se agota en la fijación del caso.

En un sentido más estricto se denomina "interpretación" a la:

tarea que una vez fijados los hechos y seleccionada y fijada la norma aplicable al caso se acomete para establecer el sentido y la significación que dicha norma posee.

La tarea interpretativa comprende, de esta suerte, una serie de actividades que no tienen siempre el mismo signo:

1.º En primer lugar la interpretación exige la determinación del sentido de cada uno de los elementos de supuestos de hecho normativo. Por ejemplo: depósito oculto e ignorado, dinero, alhajas, etc.

2.º En segundo lugar, cuando en el supuesto de hecho normativo aparecen conceptos indeterminados, la interpretación exige la atribución a los mismos de una carga de valor. Por ejemplo: árboles *corpulentos* (cfr. art. 390); personas *honradas* (cfr. art. 294); miedo *grave* (cfr. art. 101); *urgente* necesidad (cfr. art. 145); dureza *excessiva* (cfr. art. 171).

3.º En tercer lugar la interpretación impone la búsqueda de un esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con el supuesto. Por ejemplo, cuando se dice de un contrato que es nulo, o de una persona que es responsable de daños y perjuicios.

4.º Por último, cuando la norma establece una consecuencia que no se encuentra absolutamente determinada, la interpretación exige la adopción de una decisión. Por ejemplo: prudente arbitrio (cfr. artículo 181); prudencialmente (cfr. art. 185); el juez proveerá (cfr. artículo 398); medidas de aseguramiento que estime procedentes.

¿Cómo se lleva a cabo esta atribución de sentido de los elementos del supuesto de hecho normativo y de las consecuencias jurídicas del mismo?

Frente al tenor textual de una norma jurídica caben dos actitudes vitales completamente distintas. La primera es una actitud de total y absoluto respeto ante la letra de la ley. Lo que la ley literalmente dice es aquello que debe ser estrictamente cumplido. Lo que la ley literalmente no dice no hay razón alguna para suponerlo incluido en ella o para inducirlo. "Quod non est in codice non est in mundo". La actitud inmovilista frente al texto de ley puede obedecer a dos tipos de razones. Cabe, por un lado, que sea el producto de una mentalidad primitiva, para la cual el texto legal posee un valor mágico o sagrado, que impone, por su misma índole, un acatamiento ciego e indisciplinado. Suponer en el texto legal defectos de expresión o lagunas es una ofensa hacia el autor del texto, que representa, por decirlo así, una profanación. Cabe, en un segundo lugar, que el literalismo sea el producto de una mentalidad fuertemente autoritaria: el legislador es siempre poseedor de la razón y aquello que él ha mandado es aquello que estrictamente hay que obedecer. Permitir a los abogados o a los funcionarios establecer distingos o matizaciones en el mandato, es sembrar la inseguridad y facilitar o abrir el camino para que en definitiva la ley quede total o por lo menos parcialmente incumplida.

El literalismo es, sin embargo, un estadio completamente primi-

tivo en la realización del derecho y su superación se produjo ya en los albores mismos de nuestra civilización. La letra mata y el espíritu vivifica —se ha dicho muchas veces—. Hay que encontrar, a través de la letra e incluso más allá de la letra de la ley el espíritu que anima a la ley. La idea de la existencia de una *mens legis* o de un espíritu de la ley y otras ideas análogas han sido continuamente utilizadas precisamente para indicar cómo el intérprete —que debe fidelidad a la ley— no puede nunca detenerse —precisamente en razón a esta fidelidad— en la letra, sino que debe buscar su verdadero sentido detrás de ella. La letra, las palabras, los textos —cabe decir—, no son, además, otra cosa que fórmulas lingüísticas utilizadas en el seno de un proceso complejo de comunicación social. El destinatario debe tomar las palabras como un instrumento o vehículo de expresión de ideas. La operación interpretativa es así una búsqueda y una fijación de las ideas que han sido expresadas a través del medio instrumental que es la palabra.

La exigencia ineludible de superación del literalismo puro procede de lo que podríamos llamar la inadecuación de la fórmula lingüística utilizada como vehículo de la norma. Esta inadecuación de la fórmula lingüística puede proceder de una defectuosa manera de dar expresión a la idea o bien de la concordancia de la fórmula lingüística con la experiencia acumulada hasta ese momento o con los fenómenos estadísticamente habituales (quádrupes).

El literalismo, por último, no permite resolver el problema interpretativo cuando la fórmula lingüística presupone una carga de valor que hay que realizar con el auxilio de elementos extraños al texto (por ejemplo, ojo o miembro *principal*, cfr. art. 420, 2.º, C. P., libro o grabado pornográfico), que son convicciones y creencias vigentes de la vida social.

El punto de partida de toda interpretación lo constituye sin duda un elemento literal o filológico, que es la letra o el tenor de la norma jurídica. Para aludir a este aspecto de la interpretación, que opera sobre el texto o el tenor de la norma, se viene hablando de antiguo en la literatura jurídica de una “interpretación gramatical”. Los autores no se han ocupado, por lo general, de profundizar en la materia, limitándose a afirmar que interpretación gramatical es aquella que sigue las reglas de la gramática. Habría, sin embargo, que preguntarse de qué manera puede contribuirse y contribuye la gramática al esfuerzo hermenéutico.

Ante todo, en la investigación gramatical cabe lo que podríamos llamar una interpretación semántica o filológica. Mediante ella se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guió al que pronunció la palabra o redactó el texto. Pero al mismo tiempo la palabra sirve de instrumento y de vehículo en el proceso de comunica-

ción y suscita una serie de ideas en el destinatario, es decir, en el lector o en el oyente. La palabra funciona así en cuanto expresión de la idea del emitente y en cuanto causa de la idea del destinatario. Pues bien, la interpretación semántica es una fijación de la relación entre la palabra y las ideas de las que puede ser reflejo o causa. Naturalmente, esta fijación debe hacerse en una forma que sea coherente con el conjunto del texto y con el contexto o situación que presupone.

La fijación semántica del sentido de la palabra adquiere una gran importancia cuando la palabra, como ocurre con una cierta frecuencia, es equívoca. Es equívoca aquella palabra cuyas posibles significaciones son varias o, dicho de otro modo, aquella que puede ser reflejo o suscitar ideas diferentes. La función de la interpretación se presenta entonces como una opción o decisión entre los diferentes sentidos posibles. Esta no es ya en rigor una actividad gramatical. La gramática interviene aquí sólo suministrando cada una de las variantes y figurándolas.

Tómense los siguientes ejemplos: 1) La palabra "profesor", verbigracia, en el art. 1.967, 3.º, C. c., puede aludir a una persona que enseña, pero puede aludir también a una persona que ejerce una profesión o arte. 2) La palabra "muebles", v. gr. en el art. 349 C. c., puede significar todas las cosas que pueden ser movidas o ser trasladadas de una parte a otra, o bien los enseres que sirven de comodidad o de adorno en una casa. 3) La palabra "carrera", utilizada por el art. 1.409 tiene múltiples sentidos, como pueden ser el hecho de correr, el lugar destinado a ello, una profesión o ocupación, la enseñanza de una ciencia o arte.

La fijación gramatical del sentido de la palabra exige un análisis del lenguaje, que deberá entenderse referido fundamentalmente a los usos lingüísticos de la comunidad histórica de la cual el texto procede (p. ej., mesón, mesonero, etc.) y a los peculiares usos lingüísticos o de técnica del lenguaje empleados por el concreto legislador de que se trate o de aquel de quien el texto proceda (p. ej., peces). El análisis lingüístico puede proporcionar también el sentido que podemos llamar usual o vulgar, es decir, el sentido general en una comunidad determinada y el sentido técnico-jurídico, es decir, el significado peculiar que la palabra recibe en el lenguaje de los juristas (por ejemplo: "repetir", en el art. 1.904, "tradición", en el art. 609).

La interpretación gramatical, puede ser, en segundo lugar, una interpretación sintáctica. La interpretación sintáctica no se dirige ya a la fijación del sentido de una palabra, sino a la fijación del sentido de una proposición entera, a través de la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las diferentes palabras y su respectivo valor gramatical. Se toma en cuenta el que la palabra sea, v. gr., adverbio o pronombre, el que sea adverbio de tiempo o pronombre personal, el que sea complemento directo o complemento indirecto, etc.

Por ejemplo: 1) La conjunción disyuntiva "o", empleada por

el artículo 1.451, Código civil, gramaticalmente da a entender que el precepto se refiere de una manera separada a las promesas en que una persona se obliga a vender y a las promesas en que una persona se obliga a comprar (promesas llamadas unilaterales), pero no a las promesas en que ambos partícipes se vinculan (promesas bilaterales), porque en tal caso debería haber sido empleada la conjunción copulativa “y”. 2) El pronombre “ella”, utilizado por el artículo 1.202 del Código civil —el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de *ella* los acreedores y deudores— es el nominativo del singular del pronombre personal de la tercera persona. En la frase transcrita, sin embargo, está utilizado en función de pronombre demostrativo —ésta, aquella—. El innecesario “conocimiento” puede entenderse referido a la “compensación” —conocimiento de la compensación— o a la cantidad —conocimiento de la cantidad concurrente.

La gramática constituye un elemento valioso en la labor hermenéutica, pero es sólo el primer estadio de ella. La gramática proporciona unos materiales que el razonamiento jurídico deberá utilizar, pero no lo sustituye. Por eso la gramática no es ella misma una forma de interpretación jurídica, sino únicamente una investigación previa a la verdadera y genérica interpretación.

Supuesto que el intérprete debe superar la letra o las palabras y tomar éstas como vehículo de expresión de un espíritu —el espíritu de la ley—, que es el objeto real de la búsqueda, habrá de cuestionar cómo puede tal espíritu ser hallado.

La primera respuesta que al interrogante apuntado cabe dar, posee marcado un matiz subjetivista. Toda vez que la ley es un mandato del legislador, lo que debe ser indagado por el intérprete es cuál ha sido la verdadera voluntad que guió al legislador al dictar el mandato. Se trata de saber cuáles eran los propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista y cuál fue el espíritu que presidió según ello la redacción de la ley. El objetivo de la interpretación es la “voluntad legislatoris”. Interpretar —decía SAVIGNY— es colocarse en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente la actividad de éste. La interpretación, según WINDSCHEID, es la “fijación del sentido que el legislador ha unido a sus palabras”, de tal manera, que el intérprete tiene que penetrar lo más completamente que sea posible “en el alma del legislador” (“in die Seele des Gesetzgebers”). Y REGELSBERGER, por su parte, enseñaba que la ley es la expresión de la voluntad del legislador y el contenido de la ley es lo querido por el legislador en cuanto reconocible para los súbditos.

La búsqueda de la voluntad real que guió la creación de la ley no cabe duda que contribuye a una mejor realización de los designios de quien la dictó. Políticamente, tal punto de vista cuadra muy bien con los postulados de un Estado absoluto o totalitario. El intérprete, como servidor de un príncipe o de un jefe, debe tratar de averiguar qué es lo que éste ha querido y complacerle. El subjetivismo, sin embargo,

tropezó ya de antiguo con algunos graves inconvenientes de orden práctico. Cuando lo que debe ser aplicado son normas muy antiguas mantenidas en vigor por una larga tradición, la voluntad del originario legislador pierde todo su interés. Cuando los pendentistas alemanes del siglo XIX o los juristas catalanes casi hasta nuestros días aplicaban el Corpus Iuris Civilis, la voluntad de Justiniano o de los emperadores cuyas constituciones quedaron recopiladas en el Corpus, no tenía ya ninguna trascendencia. Por otro lado, cuando a un legislador personal —un príncipe, un monarca absoluto— sucede un legislador colegial —una Cámara, un Parlamento— hablar de “voluntad del legislador” no deja de ser una auténtica ficción. Ni siquiera la mayoría que ha dado su aprobación puede configurar una genuina “voluntad”. Por último, cuando el juez y el intérprete dejan de ser los servidores de un legislador absoluto y en virtud del principio de la división de poderes, actúan como órganos independientes de un Estado democrático, su función adquiere un significado autónomo —administrar justicia—, que si bien se realiza en ejecución de la ley, se desvincula de algún modo de la “voluntad del legislador”.

La dirección objetiva ha ido por todo ello ganando cada día más terreno. No se trata de encontrar la voluntad del legislador, sino de encontrar una voluntad objetiva e inmanente en la propia ley (*voluntas legis*). La ley, se dice, una vez que ha sido promulgada, se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El autor de la ley ha jugado ya su papel y queda detrás de su obra. Su obra es el texto de la ley: la voluntad hecha texto. El posible y efectivo contenido intelectual del texto de la ley es lo que verdaderamente importa. Es este contenido de pensamiento y de voluntad, inmanente en la ley, lo único que para los objetivistas tiene un valor preceptivo. Las representaciones mentales, las expectativas y los propósitos del legislador que no han alcanzado expresión en la ley, carecen de obligatoriedad. Se dice en este sentido que sólo las manifestaciones de voluntad vertidas en la norma tienen valor vinculante. Por tanto, sólo vale la voluntad que resulta del texto legal. Además, los súbditos deben poder confiar razonablemente en que la ley se aplicará según su sentido objetivo, es decir, según aquel sentido que, razonablemente, la ley les suscite a los destinatarios, y al cual ellos amoldan su conducta, pues de otro modo su confianza y su derecho a la seguridad se verían lesionados, especialmente si con base en una averiguada voluntad del legislador no descubrible según el texto, se les imponen obligaciones o sanciones que eran difíciles de esperar o de suponer dado el sentido objetivo del texto legal. En un Estado de Derecho —se dice— el autor de la ley está también sometido a ella y debe dejarla actuar incluso contra sí mismo.

Por último —se añadirá— la interpretación objetiva constituye el sistema más idóneo para completar y facilitar el progreso del ordenamiento jurídico. Sólo una interpretación objetiva es capaz para hacer frente a los problemas planteados por fenómenos y situaciones

que el legislador histórico no ha conocido, ni ha tenido por qué conocer. El intérprete debe adaptar incesantemente el ordenamiento jurídico que está el mismo en incesante renovación, pues dentro de él cada nueva disposición irradia una fuerza nueva sobre las anteriores y, en definitiva, sobre el entero conjunto.

La respuesta al dilema planteado entre la voluntad subjetiva del legislador y la voluntad objetiva de la ley o sentido objetivo de la ley, cualquiera que sea, no deja la cuestión resuelta, ni la agota, sino que por el contrario abre nuevos interrogantes. El problema fundamental va a ser ahora el relativo al procedimiento o método a seguir para llevar a cabo la interpretación. ¿Cuáles son las operaciones que el intérprete debe realizar y cuál es, por decirlo así, el *modus operandi*?

Los subjetivistas puros preconizarán un método de investigación histórica y una jurisprudencia historicista. Puesto que de lo que se trata es de descubrir o de reconstruir la voluntad real de un legislador histórico esta tarea no puede ser llevada a cabo, sino con la ayuda de una jurisprudencia historicista.

El estudio y el análisis de los documentos, y en su caso de los testimonios relativos a los trabajos de preparación y las exposiciones de motivos pueden proporcionar para ello datos de inestimable valor. Del mismo modo, los antecedentes —los textos anteriores, las leyes anteriores— podrán esclarecer la voluntad que ha guiado la ley posterior, calibrando en qué medida el legislador se mantuvo fiel a tales precedentes o trató de desviarse de ellos o de modificarlos. Por último, la reconstrucción de las circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales por las que atravesaba el país pueden también iluminar el panorama.

La cuestión cambia por completo cuando el puro historicismo se demuestra como insuficiente y se hace necesario un procedimiento de interpretación que busque la llamada “voluntad inmanente de la ley”. Del mismo modo que la voluntad se encuentra inmanente en la ley, hay también en ella, se supone, un sistema de conexiones entre las diferentes proposiciones jurídicas que es una exigencia lógico-natural del sentido mismo de las instituciones. Se propugnará la formulación de una serie de conceptos que descubran esa naturaleza lógico-inmanente de las instituciones y un método lógico-deductivo, que proceda, a través de las conexiones sistemáticas existentes entre conceptos y proposiciones, a obtener conclusiones adecuadas respecto de las premisas de que se parte. Aparece así la que ha sido llamada “jurisprudencia de conceptos”, cuyo ideal fue gráficamente descrito a principios del siglo XIX por GEORG FRIEDRICH PUCHTA. La tarea de la ciencia del derecho consiste en conocer y establecer las conexiones sistemáticas existentes entre las diferentes proposiciones jurídicas. Las proposiciones jurídicas se integran dentro de un sistema axiomático o lógico-deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva de otras y a su vez condiciona o determina a las subsiguientes.

tes. El ideal es una pirámide de conceptos en la cual cada proposición jurídica puede ser lógicamente obtenida desde las demás.

La jurisprudencia de conceptos o método dogmático, en realidad, se desprestigió sola. En el derecho opera siempre una intuición de naturaleza extralógica, que nos hace comprender que determinadas soluciones, aun obtenidas con la más absoluta concesión formal, son injustas o absurdas. El llamado dogma jurídico carece, además, de las condiciones necesarias para ser considerado como una verdad. En primer lugar, porque no es una proposición referida al mundo de ser, sino al mundo del deber ser (p. ej., el matrimonio es indisoluble). En segundo lugar, porque hay dentro de él un evidente relativismo que lo hace estar en función de una serie de condicionamientos culturales.

La obtención de los dogmas jurídicos no se encuentra, además, claramente establecida. No puede ser dogma cada norma, sometida a la aleatoriedad y relatividad que le otorga el poder ser en cada momento mudada y sustituida por otra. Si los dogmas son proposiciones obtenidas partiendo de las normas, presuponiendo en ellas unas conexiones lógico-sistemáticas, hay que señalar que, sin una inducción lógica rigurosa, la obtención del dogma encierra una conclusión arbitraria que es producto en gran medida de criterios valorativos y en segundo lugar que las conexiones lógico-sistemáticas dentro del ordenamiento jurídico no existen siempre. El ordenamiento no es una creación racional, sino vital, cuyas diferentes partes tienen orígenes y causas diversas y son como estratos geológicos superpuestos, que impiden la posibilidad de una ratio unitaria.

Finalmente a la jurisprudencia de conceptos se le ha reprochado también que un procedimiento logicista y abstracto, en cuanto se despegaba de la realidad y del sentido vital de las instituciones, incumple la función misma del derecho, que es dar una determinada solución a unos problemas que no son puras abstracciones, sino ante todo y sobre todo problemas vitales.

La jurisprudencia de intereses se justifica históricamente como una reacción frente a la jurisprudencia de conceptos. Su origen inmediato lo tiene en IHERING. Para IHERING las reglas de derecho tratan ante todo de actuar intereses y de permitir la composición o la solución de conflictos de intereses. No hay ninguna regla de derecho que no deba su origen a un fin o motivación de orden práctico. La formulación de la jurisprudencia de intereses es obra de Philip HECK y de la llamada Escuela de Tubinga (RÜMELIN, MÜLLER-ERZBACH). Los preceptos jurídicos, dice HECK, son la resultante de interacciones de intereses (Interessenwirkungen): La ley es una resultante de una serie de intereses (religiosos, económicos, étnicos, etc.) que en cada comunidad se enfrentan y luchan por su reconocimiento y hegemonía. Esta concepción de los intereses como factores de determinantes de las normas resulta ampliada. MÜLLER-ERZBACH sitúa, junto a los intereses entendidos como necesidades, diferencias y de-

seos, otros factores vitales que participan en la realización del derecho. De los llamados "intereses genéticos" se pasa así a un estudio de todos los factores causales del pensamiento jurídico. ¿Cómo se refleja la tesis de la jurisprudencia de intereses en el marco de la actividad interpretativa? Para la jurisprudencia de intereses el intérprete no debe de tratar de obtener deducciones lógicas partiendo de unos dogmas jurídicos abstractos, sino decidir el conflicto de acuerdo con aquellos intereses que han sido preferidos por el legislador. La manera de proceder y las consecuencias a que puede llegarse son enteramente distintas.

Tomemos como ejemplo el caso que decidió la S. T. S., 17 de abril de 1967. Tras la separación de un matrimonio, en la disolución y liquidación de los gananciales le fueron adjudicadas a la mujer determinadas acciones de una sociedad anónima formada por el marido con sus hermanos. En los estatutos de la sociedad existía una cláusula que, en caso de enajenación por un socio o un tercero, facultaba a los demás socios para adquirir preferentemente pagando el valor de estimación; los hermanos del marido reclamaban a su cuñada las acciones a cambio del pago de su valor.

Jurídicamente, la raíz del problema estaba en saber si la adjudicación en pago de gananciales es o no una enajenación. El planteamiento en la línea dogmática o de jurisprudencia de conceptos es el que siguió nuestro T. S. La sociedad de gananciales es una comunidad entre marido y mujer. Consecuencias de este dogma son, en primer lugar, que la mujer era durante el matrimonio cotitular de las acciones y, segundo, que la liquidación del patrimonio común o división entre los partícipes no es nunca una enajenación. La cláusula de los estatutos no se aplica y la demanda de los hermanos es rechazada.

Una jurisprudencia de intereses hubiera procedido de una manera distinta. Se hubiera preguntado ante todo cuál es el interés protegido a través de las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones que la ley admite y hubiera llegado a la conclusión seguramente que es el interés en controlar la intervención en la gestión de los asuntos sociales de personas extrañas, permitiéndolo o evitándolo, según los casos, a cambio de pagar el valor. Se hubiera preguntado, en segundo lugar, cuál es el interés que el legislador protege en la disolución de los gananciales y habría llegado seguramente a la conclusión de que es el interés de cada cónyuge o de sus derechohabientes de recibir un valor patrimonial o económico equivalente a la mitad de las ganancias conyugales. Este planteamiento hubiera quizá permitido una ampliación de la idea de enajenación en el texto de la norma incluyendo en ella todo cambio de manos de las acciones que haga posible el acceso a la gestión social de una persona que hasta de momento no la ha tenido.

La crítica de la jurisprudencia de intereses, que marca la línea de su evolución más reciente, se ha hecho sobre varios puntos. En

primer lugar ha sido señalada, por WESTERMANN, por ejemplo, la equivocidad misma del concepto de "interés", que tiene un distinto sentido en cuanto referido a las aspiraciones que el sujeto o los sujetos sustentan, o al juicio de valor que tales aspiraciones suscitan o merecen. En realidad, cuando se ha hablado de jurisprudencia de intereses se ha hecho más o menos veladamente referencia a una jurisprudencia que trataba de tener en cuenta los juicios de valor que los intereses suscitan, por lo cual hoy puede hablarse abiertamente de una jurisprudencia valorativa o jurisprudencia de valores (Wertungsjurisprudenz). ¿Cuáles son, sin embargo, estos juicios de valor a tener en cuenta en orden a la protección de los intereses subyacentes en la situación cuestionada? Porque lo cierto es que caben por lo menos tres tipos distintos. De un lado se encuentran los juicios de valor del legislador; de otro, los personales del intérprete; y, finalmente, los generales de la comunidad dentro de la cual la ley es aplicada. НЕКК y los patrocinadores primeros de la jurisprudencia de intereses eran subjetivistas puros o casi puros y por ello los intereses o los juicios de valor sobre la protección de intereses a que hacían referencia eran aquellos que habían servido de base o de criterio al legislador para establecer la normativa. Este punto de vista, sin embargo, está sometido a la misma crítica general que ya hicimos respecto del subjetivismo y que no hay por tanto por qué repetir. Los juicios de valor personales del intérprete nos llevarían a una libre interpretación, cuya crítica ha quedado hecha también. No hay entonces más juicios de valor actuantes y admisibles que aquellos que son generales a la comunidad o grupo humano en el que el intérprete actúa. Esto es, desde otro punto de vista, lo mismo que nosotros decíamos al intentar equiparar el *iustum concretum* con la decisión exigida por el sistema de creencias y convicciones vigentes en un momento históricamente dado.

Ahora bien, con esta conclusión el problema de la interpretación no puede darse por definitivamente zanjado. Nos resta aún intentar un examen, aunque sea somero, de varios puntos, que están cabalmente en el camino que debe seguirse para alcanzar el fin propuesto a la interpretación. Estos puntos son, a mi juicio, los siguientes: primero, la delimitación de lo que podríamos llamar el campo de operaciones de la actividad interpretativa, que exige dilucidar la admisibilidad de la utilización de criterios extranormativos. En segundo lugar, es menester preguntarse por el alcance que tiene el llamado razonamiento interpretativo y la llamada interpretación lógica de las normas jurídicas. Y, por último, en muy estrecha relación con el tema anterior debe plantearse también el tema del valor y del alcance de los llamados conceptos jurídicos.

En los planteamientos y en los desarrollos que en las páginas anteriores hemos venido haciendo, se encuentra implícito un dilema profundo que se plantea al intérprete. La actividad intelectual y de investigación que el intérprete debe cumplir, ¿ha de permanecer

estrictamente dentro del campo de lo normativo, o puede salir de él? Dicho de otro modo, en el razonamiento del intérprete, ¿debe emplearse sólo un material procedente del ordenamiento jurídico o puede por el contrario emplearse un material extrajurídico? La limitación del campo de operaciones de la actividad interpretativa a los materiales normativos, que se encuentra implícita en el legalismo y en el método dogmático de la jurisprudencia de conceptos, ha sido rigurosamente formulada por KELSEN y la Escuela de Viena. Una teoría pura del Derecho, como la que KELSEN pretende, debe quedar liberada de todo elemento extrajurídico o metajurídico. El ordenamiento se reduce a una pura normatividad, es decir, a un conjunto de normas, que son formulaciones abstractas de un deber-ser. Todo lo demás, que sea extraño a la pura formulación de la norma, no pertenece a la ciencia del derecho. Las motivaciones y las valoraciones políticas, económicas, sociales o culturales son algo ajeno y extraño al Derecho. Las realidades económicas, sociales o políticas, reguladas por las normas, son también metajurídicas: es economía, sociología o política. Al Derecho todo eso no le interesa. Le es ajeno. El Derecho es la pura normatividad escalonada y trabada ante sí.

En seguida se comprende que una doctrina que repudia y estigmatiza como extrajurídicas las realidades sociales políticas, sociales o económicas, no puede aceptar como criterios interpretativos ni la voluntad del legislador que supone una realidad política extrajurídica, ni la posible referencia a los intereses en juego que constituyen algo extrajurídico también. La interpretación no puede salir de la norma. El intérprete está vinculado por las leyes del lenguaje (gramática) y por las del pensamiento (lógica), únicas con las cuales es posible tratar de encontrar el sentido de un texto legal.

La actividad de un juez o de un intérprete no puede, sin embargo, encerrarse en un marco tan estrecho. La teoría normativista, al reducir la interpretación a la forma gramatical o a la pura lógica, deviene insuficiente. La norma sólo encuentra su explicación a través de unos condicionamientos culturales e históricos: los que existían cuando apareció y los que existen cuando es aplicada. Supone además un conjunto de experiencias existenciales de las que es cristalización y un conjunto de creencias que le dotan de sentido. El intérprete no puede, ni debe, desprenderse de estos factores a la hora de aplicarla.

El segundo problema que había de quedar planteado era el relativo al razonamiento interpretativo y a la llamada interpretación lógica. En la literatura jurídica se ha venido hablando con gran reiteración de una "interpretación lógica", aunque no siempre se puntualiza debidamente el alcance que quiere darse a esta expresión. La doctrina antigua llamada "interpretación lógica", a aquella interpretación acomodada al fin de la ley. Sería, por decirlo así, la interpretación correcta, pero no se trataría entonces tanto de un medio o

de un elemento puesto en juego para la interpretación, cuanto del objetivo y finalidad de la misma, a cuya consecuencia han de coadyuvar los verdaderos medios interpretativos.

Los autores modernos, en cambio, suelen reducir el ámbito de la "interpretación lógica", estimando que ésta no es nada más que la aplicación del razonamiento lógico a la función interpretativa.

Las dificultades comienzan al tratar de delimitar en qué consiste esta aplicación del razonamiento lógico a la tarea interpretativa. Algunos autores que han abordado el problema sólo superficialmente, aluden a la existencia de una serie de reglas lógicas que son utilizadas con frecuencia en la interpretación jurídica. Por ejemplo: a *maiore ad minus* (el que puede lo más puede lo menos); a *minore ad maius* (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); a *contrario* (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás), a *pari ratrone*. Hablar en estos términos de una interpretación lógica es posible sólo cuando se desconoce que la lógica impone, no la mera utilización de unas reglas, sino un esquema muy preciso en toda la operación intelectual.

Con el fin de desvanecer equívocos y de aclarar lo más posible el panorama con el que aquí estamos enfrentados, creo que lo que hay que plantearse son las operaciones intelectuales que el jurista realiza para llegar a unas conclusiones, manejando los datos que ha obtenido o que han sido suministrados. Hemos visto ya que, como resultado de la investigación y búsqueda de datos, puede disponerse de un cierto número de afirmaciones o de proposiciones. Estas pueden ser: las afirmaciones contenidas en los textos o inmediatamente derivadas de ellos; las afirmaciones derivadas de una investigación gramatical y de una investigación histórica, las afirmaciones derivadas del sistema de conceptos jurídicos; las afirmaciones generalmente admitidas como convicciones culturales o propiamente jurídicas.

Pues bien, con estas premisas, el razonamiento jurídico puede obedecer a uno de los modelos siguientes. Puede, en primer lugar, ser lógico, o bien ser extralógico.

a) Existe un razonamiento lógico cuando la verdad o veracidad de las premisas aparece constatada científicamente y la operación intelectual se desarrolla rigurosamente de acuerdo con los cánones lógicos (p. ej., silogismo).

b) En todos aquellos casos en que falta cualquiera de las dos condiciones antes enunciadas, el razonamiento no es ya lógico, sino extralógico. El razonamiento extralógico puede ser:

1) *Dialéctico*.—El razonamiento jurídico es dialéctico cuando se utiliza el canon lógico en el desarrollo del pensamiento, pero la verdad de las premisas no se encuentra constatada científica o lógicamente, si bien tales premisas pueden considerarse como verosímiles por su general admisibilidad.

2) *Retórico o argumentativo*.—Se utilizan premisas que no son verosímiles por su general aceptación o bien el razonamiento no se

desenvuelve en forma rigurosa, sino que trata más bien de mover a persuasión o de lograr una convicción o una aceptación (p. ej., es más justo, es más benigno, etc.).

Los tres tipos de razonamiento pueden ser, y de hecho son utilizados en la práctica jurídica. Sin embargo, hasta hoy el razonamiento dialéctico y el razonamiento retórico-argumentativo son los procedimientos preminentes. Ello obedece a dos tipos de razones o causas. En primer lugar, la dificultad o en muchos casos la imposibilidad de operar con premisas que sean rigurosamente un "verum" y la imposibilidad, por consiguiente, de formular largas cadenas de deducciones. En segundo lugar, la naturaleza de la función jurídica, que se desarrolla en el terreno de la controversia y no busca un "verum", sino la base del general asentimiento de una decisión. Dicho de otro modo, los abogados buscan convencer al juez. Y el juez busca que su sentencia, que es ante todo una decisión, sea recibida con general asentimiento.

El autor que en los últimos años ha destacado con mayor agudeza este punto ha sido Teodoro VIEHWEG, en su libro "Topik und Jurisprudenz" del que Helmut COING ha afirmado que, aunque sea raro que de una obra pueda decirse que es fundamental para una disciplina científica, esta afirmación corresponde plenamente a la obra en cuestión. Los dos grandes temas que la lectura de este libro sugiere son, por una parte, un tema metodológico y por otra parte el tema sustancial de la naturaleza y del significado del derecho mismo.

El problema metodológico es, seguramente, el que más cerca se encuentra en las preocupaciones del autor de este libro. El autor trata de averiguar si es o no adecuado para el desenvolvimiento de la ciencia del Derecho un sistema de ideas y de conceptos jurídicos que se desarrolla de acuerdo con el método axiomático. El método axiomático o método deductivo es aquel que Vico caracterizó por su manera de proceder, como el que, partiendo de una verdad científicamente comprobada o admitida como un "primum verum" procede "more geométrico" mediante largas deducciones en cadena. Es el método de la geometría, de las matemáticas y de la lógica simbólica. VIEHWEG no dice que esta manera de proceder no sea posible dentro del dominio del derecho. Entiende, en cambio, que, en el estado actual de nuestra civilización y de nuestra manera de hacer, este método es por completo inadecuado. En la actualidad sólo en algunas materias jurídicas es posible establecer grupos de verdades obtenidas deductivamente y en la mayor parte de los casos sin un alcance excesivamente amplio. Una completa sistematización exigiría una serie de cambios y de actividades previas extraordinariamente difíciles de llevar a cabo. En primer lugar, es preciso llegar al establecimiento del "primum verum", es decir, de la regla o serie de reglas que deben situarse a la cabeza como axiomas desde la cual las demás deben obtenerse deductivamente. En segundo lugar, el lenguaje usual no puede utilizarse en una lógica estricta, para lo que sería necesari-

rio sustituir las palabras por puros símbolos y proceder de acuerdo con los cánones de una lógica simbólica.

Es evidente que el resultado que se obtendría siguiendo las directrices indicadas podría ser una ciencia del Derecho desarrollada con arreglo al método deductivo sistemático, pero no es menos evidente que ni es esta la manera como procedemos actualmente, ni tampoco es probable que nos hallemos en condiciones de alcanzar aquellos resultados. Por último es dudoso que aquellos resultados sean deseables e incluso convenientes.

La jurisprudencia procede de acuerdo con las reglas de un método tópico. La tópica es una teoría intelectual o un método de pensamiento que tuvo un gran relieve en la Edad Antigua y en la Edad Media sobre todo por influjo de Aristóteles y Cicerón, pero que en nuestros días es casi desconocida. La tópica pertenece al terreno de lo puramente dialéctico. Es por ello una técnica intelectual desarrollada por la retórica como manera de obtener un instrumento, con el cual sea posible argumentar y obtener conclusiones respecto de cualquier problema que se pueda plantear. La distinción entre un razonamiento apodíctico y un razonamiento dialéctico se encuentra en Aristóteles. El razonamiento apodíctico parte de unas proposiciones que son verdaderas o que a su vez proceden de otras proposiciones primeras verdaderas y a su vez obtiene unas conclusiones que son verdaderas también. El razonamiento dialéctico en cambio se caracteriza y se distingue por la índole de sus premisas. El razonamiento dialéctico tiene como punto de partida unas premisas que no son —estrictamente hablando— verdaderas, sino simplemente verosímiles, es decir, probables y acreditadas por una general aceptación. Se aplican entonces, cuándo un problema se plantea tópicos o lugares comunes, v. gr.: género y especie, analogías y diferencias, etcétera. Hay una tópica de segundo grado que llega a obtener unos repertorios de puntos de vista o catálogos de tópicos para proceder con ellos.

La postura de VIEHWEG no es hoy una posición aislada en la doctrina. Se pueden señalar por lo menos otros dos o tres autores importantes que han trabajado en la misma dirección. El primero es PERELMAN, profesor de la Universidad de Bruselas, que en 1954, en colaboración con L. OLVRECHTS TYTECA, publicó un *Traité de l'argumentation* (París, 1957) y que acaba de publicar en el volumen de 1966 de los *Archives de Philosophie de Droit*, que con el concurso del Centre National pour la Recherche Scientifique dirige el profesor Villey y que se dedica precisamente al estudio de la lógica del Derecho, un estudio titulado "*Raisonnement juridique et logique juridique*". PERELMAN afirma en el referido estudio que la noción de lógica jurídica no parece que puede ser utilizada en su innegable sentido específico mas que si se reconoce al lado de la lógica formal que elabora la teoría de la prueba demostrativa una lógica no formal consagrada al estudio de la argumentación, es decir,

al conjunto de razonamientos que vienen a apoyar o combatir una tesis y que permiten criticar o justificar una decisión, lo cual no es por otra parte más que lo que ha sido enseñado durante siglos, esto es, una tópica jurídica.

En el mismo sentido parecen dirigirse también los trabajos de GIULIANI, profesor de la Universidad de Pavía, que en el volumen citado ha estudiado la “lógica jurídica como una teoría de la controversia”, y que ya con anterioridad había trabajado en la misma dirección (*Il concetto di prova*, Milán, 1951 y *L’element juridique dans la logique medievale*, en *Logique et Analyse*, 1963).

En la misma línea se sitúa otro de los colaboradores del volumen citado de los “Archives”, G. CHEVRIER, que estudia como una forma de lógica jurídica el arte de argumentación de los juristas medievales. Georges KALINOWSKI, autor en 1965 de una “Introduction a la logique juridique”, aunque se muestra partidario de la lógica jurídica como lógica estricta o demostrativa, admite al lado de las reglas lógicas unas reglas paralógicas de los razonamientos jurídicos, que son las reglas tópicas y las reglas retóricas.

Entre nosotros, se han hecho eco en estas direcciones del pensamiento jurídico moderno, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en varios de sus trabajos y Pío CABANILLAS, en una conferencia inédita sobre “Tópica y dogmática”, pronunciada en 1967 en el Centro de Estudios Hipotecarios.

El último paso de nuestro estudio era el relativo al alcance, al valor y al significado que los conceptos poseen en el desenvolvimiento del derecho. En nuestros escritos forenses, en nuestros debates científicos y en las decisiones de nuestros tribunales, se pueden leer con frecuencia afirmaciones como éstas: “El arrendamiento es un acto de administración y por consiguiente el acordado por la mayoría de los condueños es obligatorio para todos” (S. T. S. 10-3-1905); “La fiducia, como negocio mixto, supone la concurrencia de un vínculo real juntamente con otro obligatorio” (S. T. S. 4-1-56); “No cabe confundir el negocio fiduciario con el simulado” (S. T. S. 23-2-51). Aquí aparecen por un lado unos conceptos jurídicos —arrendamiento, acto de administración, negocio fiduciario, simulación, vínculo real, etc.— y por otro lado unas proposiciones —p. ej., el arrendamiento es un acto de administración, etc.—, que son utilizadas para fundar las decisiones. ¿Qué valor y qué alcance tienen en la aplicación del derecho estos conceptos y estas proposiciones conceptuales?

ASCARELLI (*Norma giuridica e realtà sociale*, en *Studi Messinesi*, IV, pág. 65 y sig.) ha distinguido, dentro de los conceptos jurídicos, unos que comportan una descripción tipológica de la realidad social y otros que constituyen un resumen o una abreviación de una disciplina normativa. Los primeros de ellos son descripciones de comportamientos típicos que constituyen supuestos de hechos generalizados comprendidos en las normas. Por ejemplo, cuando hablamos de dolo, de compraventa, o de vicio redibitorio estamos haciendo referencia a

conceptos de este tipo. Los segundos son fórmulas abreviadas para designar un "effectum iuris" o una consecuencia jurídica. Cuando hablamos de nulidad, de prescripción o de indemnización aludimos a conceptos de esta segunda especie.

ENGESCH ha hecho una incisiva distinción de los conceptos utilizados por la jurisprudencia.

Estos conceptos pueden ser o bien absolutamente determinados como son los conceptos que hacen referencia a medidas (50 Km., un plazo de nueve días, o una cantidad de 2.000 ptas.) o conceptos que por lo menos parcialmente quedan indeterminados. Entre éstos últimos se encuentran la mayor parte de los estrictamente jurídicos, como negocio jurídico, acto administrativo o antijuricidad, pero también conceptos que no son estrictamente jurídicos, como nocturnidad, peligro o cosa. En segundo lugar, el autor citado contrapone los conceptos descriptivos a los conceptos normativos. Los primeros operan una delimitación de la realidad posible, mientras que los segundos hacen referencia a una normativa. Entre estos últimos cabe todavía aludir a aquellos conceptos normativos que deben recibir una carga valorativa o ser llenados en alguna medida por el arbitrio del intérprete, como es el caso de las llamadas "cláusulas generales".

Para nuestro objeto, nos basta señalar que el derecho utiliza conceptos extrajurídicos y otros que son estrictamente jurídicos. Los primeros expresan ideas que hacen referencia a objetos, a fenómenos o a situaciones del mundo exterior, del que se toman, y son utilizados como un vehículo de referencia a tales realidades o fenómenos. Por ejemplo: "nacimiento" en el artículo 29 del C. c.; "demencia" en el artículo 32; "impotencia" en el artículo 83. El problema en vía interpretativa es casi siempre el problema de la posible equívocidad o multivocidad del término lingüístico en relación con las ideas expresadas. Por ejemplo, cuando el artículo 613 del Código civil atribuye la propiedad de los peces, que de un criadero pasan a otro, al dueño de este último, siempre que no hayan sido atraídos con artificio o fraude, ¿qué debe entenderse por peces? ¿Son acaso aquellos animales que en las clasificaciones zoológicas merecen esta consideración, o son simplemente aquellos que reciben vulgarmente este nombre porque pueden ser aprehendidos por medio de la pesca? ¿Son los moluscos peces a los efectos del artículo 613?

Los conceptos son estrictamente jurídicos cuando expresan un problema o una serie de problemas típicos o institucionalizados y la solución a las soluciones que tales problemas pueden recibir. Los primeros son, como decía ASCARELLI, reconstrucción tipológica de una realidad o de un acontecer social típico regulado por normas de derecho (v. gr. usufructo, buena fe, daño). Los segundos enuncian la decisión real o la decisión hipotética de tales problemas (v. gr. pago, nulidad). Ahora bien, desde esta perspectiva los conceptos y las proposiciones montadas sobre ellos no poseen nunca un valor absoluto. Son, por una parte, como un lenguaje especial y abreviado

—a la manera de una clave— para aproximarse a los problemas y para hablar sobre ellos y, por otra parte, lo que VIEHWEG llamaría las piezas auxiliares de una tónica de problemas, en las cuales opera y funciona también una tónica oculta, por lo cual sólo desde el problema y a través del problema pueden ser entendidos y delimitados.

Me parece que ha llegado ya, con creces, la hora de terminar. Como al principio dije, estas palabras no tienen otro valor que el de una cavilación o el de una reflexión, por lo cual no es posible fijar unas conclusiones. Sin embargo, recapitulando, cabría señalar que la ciencia del derecho tiene abiertas ante sí dos vías.

La primera es una investigación del acontecer real, que es, en rigor, una verdadera ciencia, pues puede establecer, con unos métodos científicos, los de las ciencias sociales y más concretamente los de la sociología, como ocurren las cosas en la realidad.

La segunda vía es, en cambio, una técnica de solución de problemas. Desde este segundo punto de vista, la labor ha de ser el ensayo científico de lo que puede llamarse una teoría de la práctica.

Bajo este prisma se presenta lo que puede llamarse, y ha sido llamado ya, una “jurisprudencia de problemas”. El desarrollo de una “jurisprudencia de problemas” impone: *a*) una ordenación de los problemas ya descubiertos; *b*) un descubrimiento o una detección de los problemas nuevos; *c*) un examen de las soluciones que los problemas han venido recibiendo; y *d*) una discusión de las soluciones que pueden en lo sucesivo recibir.

El examen, la discusión y el debate, que debe ajustarse a lo que hasta aquí se ha llamado el razonamiento jurídico, de naturaleza fundamentalmente dialéctica y argumentativa, puede tomar como materiales: *a*) las creencias, condiciones, actitudes, opiniones o estereotipos del grupo humano, en que encarnan lo que hasta hoy hemos llamado principios del derecho y cuyo estudio debería hacerse también con los datos proporcionados por la Sociología y por la Psicología Social; y *b*) los textos, en la medida en que representan cristalizaciones de experiencias anteriores o concreciones de las creencias generales sobre los problemas típicos, pero siempre con el valor de directivas, que deben conducir a una nueva decisión de acuerdo con un nuevo razonamiento dialéctico.

La adquisición de la vecindad civil por nacimiento en un territorio distinto al de la vecindad de origen

RODRIGO BERCOVITZ Y RODRIGUEZ - CANO

SUMARIO: I. El artículo 15 de la edición primitiva del Código civil.—II. Interpretación común del número 1.º del artículo 15. A. La opinión del legislador. B. La interpretación sistemática.—III. Sentido del número 1.º del artículo 15 derivado de su interpretación literal.—IV. La unidad familiar y la vecindad civil.—V. La *ratio iuris* del derecho de opción concedido al nacido en territorio distinto del que corresponde a la vecindad de sus padres.—VI. Nueva interpretación sistemática del número 1.º del artículo 15 en relación con la Ley de 15 de julio de 1954.—VII. Ensayo de nueva interpretación del número 1.º del artículo 15 del Código civil.—VIII. Consideraciones finales.

I. EL ARTICULO 15 DE LA EDICION PRIMITIVA DEL CODIGO CIVIL

La redacción del artículo 15 correspondiente a la primera edición del Código civil (1) fue uno de los puntos de ésta que suscitó más viva polémica. Todos los defensores de los Derechos forales vieron en ella una forma de burlar el mandato del artículo 5.º de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que imponía la íntegra subsistencia de aquéllos, a pesar de la publicación del Código. Para ello bastaba con regular la vecindad (determinante del sometimiento al Derecho común o a uno de los Derechos forales) de acuerdo

(1) «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada o intestada declarados en este Código, son aplicables:

1.º A las personas nacidas en provincias o territorios de derecho común.

2.º A los hijos de padre o madre que tengan la precedente condición, aunque hubiesen nacido en provincias o territorios donde subsista el derecho foral.

3.º A los que, procediendo de provincias o territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común.

En este caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos la de su padre.»

con un criterio centralista, que diese lugar a un aumento paulatino de los vecinos «comunes» frente a una disminución paralela de los acogidos a las legislaciones forales. Y esto, en verdad, es lo que hacia dicho artículo 15, al conjugar todas las posibles vías de adquisición de la vecindad (*ius sanguinis*, *ius soli* y residencia) a favor de la común.

Las pasiones desatadas en torno a esa primera redacción del artículo 15 quedan claramente reflejadas en las discusiones de las Cortes; entre las intervenciones más notables que tuvieron lugar en el Congreso, figuran las del Marqués de Vadillo (2), Maluquer Viladot (3) y Gil Berges (4). En el discurso pronunciado por Pons el 18 de marzo de 1889 encontramos resumido el carácter marcadamente partidista de dicho artículo 15 en su versión original:

«De suerte que la síntesis del Código civil respecto de las legislaciones especiales es la siguiente: que para ser foral en lo sucesivo, hay necesidad de que concurren juntamente estas tres circunstancias: primera, haber nacido en territorio foral; segunda, que la madre y el padre, a la vez

(2) «Por este camino, en el término de pocos años, o vais a cortar las relaciones entre las provincias de legislación foral y las provincias castellanas, o vais a hacer que no haya aquí ningún natural de aquellas provincias que tenga su derecho especial; es decir, que seremos todos *capiti diminuidos* en esta parte... después de esto, casi es un sarcasmo, una ironía, decir que se respetan, y que se respetan íntegras las legislaciones especiales.» (*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 69 de la Legislatura de 1888-9, p. 1863.)

«No hay duda que a los pocos años de estar en vigor el Código se conseguirá, o aislar... por completo a estas provincias de las demás, por un como a modo de cordón sanitario; se habrá logrado que sea letra muerta la especialidad de sus legislaciones.»

«¿Por qué se ofrece una cosa, y después viene a resultar que aquella oferta es completamente nula? ¿Por qué decir que se nos dan estas legislaciones forales en toda su integridad, y venir en seguida haciendo lo contrario? Esto tiene algo más que de ridículo; esto es una ironía sangrienta.» (*Diario de las Sesiones de Cortes*, núm. 71 de la Legislatura de 1888-9, p. 1906-7.)

(3) «Si se aprueba ese Código y no se introduce alguna modificación en el artículo 15, tengo la seguridad más completa de que dentro de un período corto de años, quizá veinticinco o treinta, la legislación civil catalana subsistirá en toda su integridad, como se expresa en el artículo 5.º, pero ese Código no regirá para los catalanes, porque esos habrán desaparecido de Cataluña; la legislación foral no regirá más que para los árboles y montañas de mi país. Porque es indudable que por virtud de las disposiciones de este Código, lo que se logrará es que vayan desapareciendo los habitantes de esas provincias forales, como consecuencia inevitable del sistema que este Código entraña, sistema muy semejante al que siguieron los Estados Unidos del Norte de América con los aborígenes de aquel país.» (*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 74, p. 1973.)

(4) «Por algo es el autor del Código de la tierra del Cid, y habrá querido decir para sí lo que el poeta pone en boca del héroe:

Se va ensanchando Castilla

Delante de mi caballo (de mi Código).»

(*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 84, p. 2249.)

sean forales; y tercera, que estén constantemente avecindados todos en territorio foral» (5).

Frente a semejantes ataques, se opuso por los defensores del Código que el artículo 15 se limitaba a regular la vecindad común, sin perjuicio de que cada legislación foral mantuviese sus propias normas para determinar los sometidos a ella. Esta fue la postura adoptada tanto por la Comisión nombrada en el Senado para emitir dictamen acerca de la comunicación del Gobierno dando cuenta de la publicación del Código civil, como por la Comisión nombrada en el Congreso (6). Y el mismo argumento recogió la Sección de lo

(5) *Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 72. Vid. p. 1943.

(6) Así la mantenía MARTÍNEZ DEL CAMPO, al oponerse a la enmienda presentada por LANDECHO, en la que pedía que el Código civil publicado volviese a la Comisión de Códigos para su revisión, por no estar conforme con lo preceptuado en el artículo 5.º de la Ley de Bases: «Señores Diputados, sabemos todos quiénes son españoles; hay algunos que saben quiénes son catalanes, quiénes son aragoneses, quiénes son vizcaínos y quiénes son navarros. Lo que acaso sea más dudoso es saber de modo cierto quiénes son castellanos en la acepción que antes he dado a esta palabra, como expresión del concepto que comprende a los ciudadanos españoles sujetos a la ley civil común. ¿Quiénes son castellanos? Porque, Señores Diputados, ocurre aquí una cosa singular. Los señores que defienden las legislaciones forales se preocupan, se enfadan y hasta riñen con nosotros porque dejamos pasar que se diga quiénes son castellanos, no diciendo quiénes son navarros, aragoneses, catalanes y vizcaínos; es decir que no quieren que nosotros arreglemos nuestro fuero. Trátennos SS. SS. como a forales, y déjenos que nosotros definamos quiénes son los castellanos. Yo sé que pudo decirse: «castellanos son todos los españoles, menos los catalanes, los navarros, los aragoneses y los vizcaínos»; pero esto no me hubiera parecido una definición... en suma, cuando los apéndices vengán y se coleccionen la legislación de Navarra, entonces veremos quién es vecino de Navarra, porque hasta ahora el artículo 15 no ha dicho más que quiénes son vecinos de Castilla.» (*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 73, pp. 1960-1.)

A lo que opuso LANDECHO: «Decía el Señor Martínez del Campo, dirigiéndose al Señor Pons y a mí en concepto de aforados «¿Cómo no permitís que nosotros establezcamos quiénes son castellanos?». Pues qué, Señor Martínez del Campo, ¿estamos en unas Cortes de Castilla, o en Cortes españolas?» (p. 1964). Y añade MARTÍNEZ DEL CAMPO al día siguiente: «nosotros (la Comisión) entendemos que en el artículo 15 del Código no ha querido hacerse otra cosa que definir el *status civitatis* castellano, ni más ni menos, dejando que cada una de las legislaciones forales determine su *status civitatis* foral... Yo declaré ayer, y repito hoy en términos claros y precisos, que el artículo 15 del Código se refiere a la vecindad castellana, y que en lo demás subsisten los fueros de Aragón, Vizcaya, Navarra y Cataluña (interrupción del Señor Landecho; pero no resulta). Pues yo entiendo que resulta.» (*Diario*, núm. 74, p. 1977.)

También alegaba GAMAZO, contestando a AZCÁRATE en nombre de la Comisión: «añadiré únicamente que no hay una sola palabra original en todo el artículo 15: ni una sola, porque la Comisión de Códigos ha tenido particular cuidado de buscar aquellas fórmulas que para definir la naturaleza de los aforados buscaron los autores de las Memorias en que se explica y desenvuelve la pretensión de las provincias a conservar en lo futuro sus derechos.

Lo que no está tomado de la Memoria catalana, está tomado de la Memoria navarra; lo que no está tomado de la Memoria navarra ni de la Memoria catalana, puede encontrarse en la Memoria aragonesa: lo que yo afir-

civil de la Comisión general de Codificación en la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código, al manifestar que la nueva redacción del artículo 15 no venía sino a aclarar el auténtico sentido de la anterior (7).

He dicho que el centralismo de la primera redacción del artículo 15 del Código civil consistía en aunar todos los posibles criterios de adjudicación de la vecindad a favor de la común. Así, en el momento del nacimiento, operaban en igualdad de condiciones tanto el *ius sanguinis* (8) como el *ius soli*. Esto implicaba que el nacimiento en territorio de Derecho común determinaba automáticamente esa vecindad, aunque los padres fuesen de vecindad foral. Lo que suponía someter a los nacionales «aforados» a un criterio más rígido que el existente para los extranjeros. Así lo pusieron de relieve varios diputados en el Congreso. Entre ellos, los más destacados fueron Pons (9) y Landecho (10). Pero ya previamente

mo es que no hay una sola palabra que no tenga texto en qué apoyarse. Y ahora pregunto a los que acusan de deslealtad: ¿se ha podido hacer otra cosa en el desenvolvimiento de los preceptos de este artículo, que tomar como criterio el mismo que querían aplicar a la definición de aforados los autores de las Memorias forales? ¿Es que se pretendería que por el respeto consagrado al régimen jurídico de las provincias forales abdicara la legislación común en obsequio o en provecho de esas provincias?» (*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 92, p. 2456.)

(7) «Atentado aún más grave contra los fueros creyeron hallar (los habitantes de las provincias y territorios de derecho foral) en el artículo 15, por cuanto declaraba sujetos al Código a los nacidos en provincias de derecho común, del mismo modo que la Constitución del Estado declara españoles a los nacidos en España. Interpretada esta disposición sin tener en cuenta la del artículo 12, que manda conservar el régimen foral en toda su integridad, razón habría para estimarla contraria a los Fueros, que no reconocen en los hijos otra condición que la de sus padres. Pero como las disposiciones de un Código no se deben interpretar aisladamente, sino en combinación con todas las otras que tienen relación con ellas, habría debido entenderse el artículo 15 sin perjuicio de lo dispuesto en el 12, el cual consagra la integridad del régimen jurídico foral, en justo acatamiento al precepto claro y terminante del artículo 5.º de la ley de 11 de mayo de 1888.

Ya que esta interpretación no tranquilizó bastante a los que entendían de otro modo el artículo 15, la Sección ha procurado aclararlo y fijar su verdadero sentido, de suerte que no pueda quedar duda al más suspicaz de que por él no se introduce novedad alguna en el régimen jurídico de las provincias forales» (Apartados [6] y [7] de la Exposición de Motivos. Vid. pp. 30-31 de la *Versión Crítica del Código Civil*, de JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ y CARLOS MELÓN INFANTE, publicada por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.)

(8) Incluso el de la madre si ésta tenía vecindad común. Sobre este punto Vid. más adelante en este mismo trabajo.

(9) «No ha podido menos de asombrarme la redacción del caso 1.º del artículo 15 de este Código civil, porque parte de un principio erróneo que no admite ninguna legislación, ningún tratadista, ni doctrina alguna, por decirlo así, de derecho internacional privado. Empieza por declarar que la ley personal exclusivamente radica en el territorio, sin distinguir como distinguen todos los tratadistas en esta materia, si realmente la persona procede del territorio de origen, o si ha perdido su ley personal primitiva por un acto posterior. Los autores de ese Código sostienen de una manera absoluta en el caso primero el *ius soli*, el derecho del territorio, pasando así por encima de aquellos principios legales que han venido sosteniéndose en todas las legislaciones desde los tiempos más remotos hasta la época moderna, y sucede lo

se habían alzado voces en el Senado, atacando esa importancia concedida al *ius soli*. Maluquer expresaba su condena diciendo:

«Si va a Francia un matrimonio catalán y allí nace un hijo, ese hijo es catalán; y si nace en Madrid, tiene que sujetarse a la legislación de Castilla. ¿Es este el cumplimiento de la base que se ha indicado aquí y del artículo 5.º de la Ley de 11 de mayo?» (11).

Un segundo punto de la redacción especialmente criticado en las Cortes fue que el Código no definiese la vecindad civil, distinguiéndola de la administrativa; con lo que la combinación del artículo 15, número 3.º del Código y del artículo 15 de la Ley Municipal (12) implicaba la adquisición automática de la vecindad común, aún contra la voluntad del interesado. Por eso, en la propuesta de ley modificativa de los artículos 12 y 15 del Código, presentada al Congreso el 2 de abril de 1889 por Gil Berges, el número 3.º del artículo 15 hace expresa referencia a la voluntad de los afectados para el cambio de vecindad:

«A los que procediendo de provincias forales, hubiesen ganado vecindad en otras sujetas al Derecho común, con

que no puede menos de suceder: que infringiéndose de este modo los principios de derecho internacional privado, los extranjeros vienen a ser de mejor condición que los españoles que estén sujetos a la legislación foral, ya que el hijo de un extranjero, si nace en territorio español, extranjero es.» (*Diario*, núm. 72, pp. 1941-2.)

(10) Comparando el reconocimiento del *ius soli* en el artículo 19 frente al que se hacía en el número 1.º del artículo 15, decía: «Porque, en suma, lo que resulta en este particular es que los habitantes de las provincias que gozan de derecho foral no vienen a pedir otra cosa sino que no sea forzoso para ellos lo que es voluntario para el extranjero.» (*Diario*, núm. 73, p. 1965.)

(11) *Diario de las Sesiones de Cortes—Senado—*, núm. 41. Vid. páginas 609-10.

Sobre este tema, creo que vale la pena reproducir una pintoresca intervención de LUIS SILVELA: «Pues voy a poner otro ejemplo, y se verá que si no se busca una interpretación, que fácilmente no encuentro, hay algo en el Código que va contra la integridad de las legislaciones forales. Supongo yo que existe en Zaragoza un matrimonio; la mujer ve en los carteles del ferrocarril el anuncio de un viaje a Madrid a precios reducidos, aunque con comodidades también reducidas, con ocasión de celebrarse en esta capital las fiestas de San Isidro; la mujer manifiesta al marido sus deseos de venir a Madrid, y la situación excepcional en que la esposa se encuentra hace que éste se halle dispuesto a deferir a sus mayores caprichos; toman el tren y vienen a Madrid. El viaje, la emoción o la mala cuenta de la aragonesa, que en esto las aragonesas, como las mujeres de todas las provincias, suelen equivocarse, hace que la esposa dé a luz en Madrid. Se agió la fiesta en cierto modo; pero al fin bautizan al chico, le inscriben en el Registro civil y se marchan todos a Aragón. El muchacho ha estado en Madrid treinta o cuarenta días, no vuelve jamás a salir de Aragón, y sin embargo ..., ese niño será castellano, por más que su familia sea aragonesa.» (*Diario de las Sesiones de Cortes—Senado—*, número 45, p. 698.)

(12) «El Ayuntamiento declarará *de oficio* vecino a todo español emancipado que en la época de formarse o rectificarse el padrón lleve dos años de residencia fija en el término municipal.» (El subrayado es mío.)

tal que soliciten la inscripción de ella en la sección de naturalizaciones del Registro civil» (13).

El complemento necesario de estos criterios para mantener su carácter centralista era la ausencia de una cláusula de reciprocidad. En efecto, la aplicación de las reglas de *ius sanguinis*, *ius soli* y residencia, tal y como aparecen concebidas en la primera redacción del Código, a todas las vecindades, y no sólo a la común, habría determinado la igualdad de todas. Pero además, esta carencia de generalización de los criterios adoptados produce al mismo tiempo una laguna jurídica, ya que deja sin regular las relaciones entre las propias vecindades forales (al tiempo que ordena con un carácter absolutamente unilateral las relaciones entre vecindades forales y vecindad común). Ambos aspectos de la cuestión quedan claramente denunciados en la intervención de Landecho ante el Congreso el 18 de marzo de 1889 (14). Y es precisamente la introducción de una cláusula final de reciprocidad la que permite a Gil Berges mantener en lo fundamental la redacción del primitivo artículo 15 (especialmente la de los números 1.º y 2.º del mismo) en la propuesta de ley anteriormente mencionada, aún cambiando completamente el sentido de la regulación de la vecindad (15).

(13) *Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 84. Vid. página 2256.

(14) «He de observar, en primer término, que este artículo no tiene reciprocidad, es decir, que según los preceptos que en él se establecen, es muy posible, y hasta fácil, ser vizcaíno, por ejemplo, tener derecho foral y perder ese derecho; pero es completamente imposible adquirirlo no siendo vizcaíno o no teniendo el derecho foral por cualquier otro concepto. De esta manera, cada día se irá reduciendo más el número de personas sujetas a ese régimen, y es probable, que dentro de pocos años sean aquellas tan pocas, que se haga inútil la prescripción que el legislador estableció en la ley de 11 de mayo, de que se redacten Códigos suplementarios, porque es fácil que esas personas no quieran continuar rigiéndose por Leyes especiales. Si ésta ha sido la intención del Gobierno y de la Comisión de Códigos, creo que han acertado en su intención, pero no en la conveniencia general del país.» (*Diario*, número 72, p. 1933.)

«Tampoco determina el Código, en manera alguna, las relaciones que las provincias forales hayan de tener entre sí; se limita a determinar en este artículo 15 las relaciones de los territorios de derecho foral con los territorios de derecho común, pero no de los diferentes territorios con derecho foral distinto entre sí.» (p. 1935.)

(15) Así queda redactado en su proyecto de ley el artículo 15: «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada o intestada declarados en este Código, son aplicables:

1.º A las personas nacidas en provincias de derecho común.

2.º A los hijos de padres que tengan la precedente condición, aunque hubiesen nacido en provincias donde subsista el derecho foral.

3.º A los que procediendo de provincias forales, hubiesen ganado vecindad en otras sujetas al derecho común, con tal que soliciten la inscripción de ella en la sección de naturalizaciones del Registro civil. En este caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos, a menos de estar emancipados, la de su padre, sin que la nueva vecindad perjudique derechos anteriormente adquiridos.

Sin embargo, Gil Berges no se dio cuenta de que, al introducir el principio de reciprocidad en el artículo 15, era preciso alterar la igualdad establecida entre el *ius sanguinis* y el *ius soli*, como vías de acceso a la vecindad, en el sentido de que era necesario dar la preferencia a uno de ellos. En efecto, el reconocimiento expreso del pluralismo constituido por los ordenamientos forales impone al legislador el tener que decidirse por uno de los dos criterios que pueden actuar en la determinación primaria de la vecindad. No se pueden acumular, tal y como se hacía en la primera edición del Código, el *ius sanguinis* y el *ius soli*. Esto encajaba en una redacción que atendía sólo a determinar quién quedaba sometido al Código civil y pretendía acoger al máximo número posible de nacionales. Pero cuando se regula al mismo tiempo el acceso a todas las vecindades civiles existentes en el país, entonces la acumulación del *ius sanguinis* y del *ius soli*, sin determinar cuál de ellos tiene preferencia, da lugar a un conflicto de normas de difícil solución.

La Comisión de Codificación tuvo plena conciencia de este problema y, por ello opta por dar preferencia al *ius sanguinis* en la segunda edición del Código. Aunque manteniendo el orden anterior, el número 1.º del artículo 15 se sigue ocupando del *ius soli*, en realidad es el número 2.º el que determina el criterio primario y dominante para el reconocimiento de la vecindad: el del *ius sanguinis*. Ello coincidía con las críticas realizadas en las Cortes al valor concedido al *ius soli* en la primera edición que, como hemos visto, se consideraba excesivo.

Pero tampoco se prescinde totalmente del *ius soli*. Aparte de los casos excepcionales en que haya que acudir necesariamente a él por carecer de los datos necesarios para aplicar el *ius sanguinis*, se mantiene con un valor secundario, a los efectos de determinación de la vecindad. El nacimiento en un territorio se convierte, en la segunda redacción del Código, en la base de un privilegio para adquirir (a través del ejercicio de un derecho de opción) la vecindad correspondiente al mismo. Lo que antes se imponía automáticamente, se convierte ahora en privilegio dependiente de la voluntad del interesado:

«A las personas nacidas en provincias o territorios de derecho común de padres sujetos al derecho foral, si estos durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil» (número 1.º del artículo 15).

Las disposiciones de este artículo serán de recíproca aplicación a las relaciones por razón de sus personas y bienes, entre españoles de provincias de diferente legislación civil.» (*Diario*, núm. 84, p. 2256.)

II. INTERPRETACION COMUN DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 15

La doctrina ha visto siempre en dicha norma la concesión de un derecho de opción a favor del directamente afectado por la vecindad, cuyo ejercicio puede llevarse a cabo de dos maneras:

a) Por el interesado, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación.

b) Por el titular de la patria potestad, durante la menor edad del hijo, en su representación.

Ejemplos de esta interpretación los encontramos en Comas, cuando critica que en el ejercicio de este derecho de opción no se haya distinguido entre los supuestos de filiación legítima y los de filiación ilegítima (16), y en Manresa y Navarro, que habla de voluntad presunta o expresa de los hijos (17) (18). Tan unánime y pacífica es esta interpretación que muchos autores, al considerarla evidente, se limitan a repetir casi textualmente la letra del Código civil (19). Solamente Oyuelos parece no admitir el ejercicio del

(16) «No autorizando las legislaciones forales que admiten la institución de la patria potestad que esta tenga lugar en la generación ilegítima, y pudiendo suceder que estos padres que no tienen la patria potestad tampoco tengan la tutela o curatela de sus hijos menores, vendría a resultar que, a pesar de no estar asistidos de vínculo alguno capaz de conferirles aquella autoridad y representación necesarias para poder obrar a nombre de los menores, serían ellos árbitros de decidir de la suerte de la persona y bienes de sus hijos.» *La revisión del Código civil español*. Madrid, 1895. Vid., p. 35.

(17) «Respecto al primer párrafo (del artículo 15) está claramente determinado que para que quede sujeta al Código una persona nacida de padres sujetos al derecho foral en provincias donde aquél rijga, es preciso que concurren el hecho del nacimiento en dicho territorio y la voluntad presunta o expresa de los hijos, manifestada en el primer caso por los padres durante la menor edad de aquéllos y declarada la segunda por los hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación.» *Comentarios al Código civil español*. Madrid, 1956. Tomo I. Vid., pp. 280-1.

(18) En el mismo sentido: Felipe SÁNCHEZ ROMÁN. Vid., p. 705 de los *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1911. Tomo II; Enrique DÍAZ GUIJARRO y Antonio MARTÍNEZ RUIZ. Vid., p. 136 de *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*. Bilbao, 1900. Tomo I; Q. MUCIUS SCAEVOLA. Vid., p. 349 del *Código civil concordado y comentado*. Madrid, 1902. Tomo I; Mario NAVARRO AMANDI. Vid., págs. 46-7 del *Cuestionario del Código civil reformado*. Madrid, 1889. Tomo I; Antonio M. BORREL Y SOLER. Vid., p. 43 del *Derecho civil vigente en Cataluña*. Tomo I; Federico DE CASTRO. Vid., p. 474 del *Derecho civil de España*. Parte General, II-1. Madrid, 1952.

(19) Así: J. SANTAMARÍA. *Comentarios al Código civil*. Tomo I. Vid., p. 50-1; Demófilo DE BUEN. *Derecho Civil Español Común*. Madrid, 1930. Vid., pp. 132-3; José M.ª PLANAS Y CASALS. *Derecho civil español común y foral* (explicaciones dadas en la Universidad de Barcelona, publicadas y anotadas por Mariano RUBIO Y TUDURI). Barcelona, 1925. Tomo I. Vid., p. 109; Federico PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo I. Vol. II. Vid., pág. 139; Manuel DE LASALA LLANAS. *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*. Vid., pp. 49 y ss.; José CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I. Vol. II. Vid., p. 283; Diego ESPÍN. *Manual de Derecho civil español*. Vol. I. Vid., p. 220; Manuel ALBALADEJO. *Instituciones de Derecho civil*. Tomo I. Vid., p. 157; Luis FÉZ-PICAZO. *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*. Vid., p. 140.

derecho de opción por cualquier persona que no sea la directamente implicada. Pero no se ocupa explícitamente del tema y sólo cabe deducir esa postura mediante una lectura detenida del comentario que dedica al artículo 15 (20).

Por otra parte, la comparación del texto de dicho comentario con la intervención de Durán y Bas en el Senado, recogida en la nota 23, hace sospechar que Oyuelos ha copiado mecánicamente lo dicho por Durán y Bas, sin plantearse ni siquiera la cuestión.

Y, sin embargo, esta unanimidad de la doctrina resulta extraña si consideramos detenidamente el texto en cuestión. En efecto, como más adelante veremos, el sentido literal del mismo resulta sumamente problemático y, en última instancia, incompatible con la interpretación expuesta. Habrá, pues, que atender a las razones que tácitamente han sostenido esta rara *communis opinio*. Creo que éstas se encuentran en los antecedentes históricos, reducidos a la opinión del legislador, y en una interpretación sistemática de la norma.

A. LA OPINIÓN DEL LEGISLADOR.

Parece que los redactores de la segunda edición del Código civil entendieron que el número 1.º del artículo 15 respondía al sentido al que se ha aludido hasta ahora. No hay que olvidar que, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley de 26 de mayo de 1889 (21), por la que se ordena llevar a cabo una segunda edición reformada del Código, los redactores de la ley, es decir, la Sección de lo civil de la Comisión General de Codificación, coinciden en este caso con el legislador.

Desgraciadamente no me ha sido posible aportar sobre este punto una opinión basada en la consulta directa de las Actas de la

(20) «Puede suceder el hecho real que el que, teniendo por su origen una ley de su nacionalidad, nazca en otro país, y, por consiguiente, pueda tener una ley de su nacimiento. Se ha establecido como doctrina universalmente admitida, relativa a este particular, que aquel que por esta razón pueda tener dos leyes a que someterse, teniendo, como tiene, dos períodos en su vida, uno en que, por decirlo así, su personalidad no es completa ni absoluta para poderse determinar, y otro en que ya lo es, en el primer período sigue la nacionalidad del padre, porque esa personalidad, hasta cierto punto, absorbe la suya, y, no pudiendo manifestarse la suya en la plenitud de condiciones con que la voluntad se puede manifestar jurídicamente, es necesario que se manifieste puramente por medio de la representación del ser que le ha dado existencia, mientras que cuando llegue el momento en que, por decirlo así, alcance, con la emancipación legal o voluntaria, esa plenitud de condiciones para expresar su voluntad, para que se manifieste su determinación con efectos jurídicos, entonces, con arreglo a las leyes, puede hacer un acto de opción, siguiendo la ley paterna, u optando por la ley del sitio de su nacimiento.» Vid., p. 63 del *Digesto*. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordado con los códigos americanos y portugueses. Tomo I.

(21) «El Gobierno hará una edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores.»

Comisión de Codificación (22). Pero puedo alegar el testimonio de Alonso Martínez, según el cual, esa interpretación en cuestión no dejó de ser discutida por algunos miembros de la Comisión (23). La importancia de esta prueba justifica su reproducción:

«Sostúvose por algunos que la manifestación de esta voluntad deberá ser un acto exclusivamente *personal* del nacido, en cuyo caso había que esperar a que llegase a la mayoría de su edad u obtuviese por otro medio legal la emancipación. Pero la mayoría entendió que no podía negarse al padre la legítima representación del hijo durante su menor edad, ni era conveniente dejar en suspenso la nacionalidad de éste o su ley personal durante el largo período que comienza en el nacimiento y acaba en la emancipación. Verdad es que hubiera podido establecerse que el hijo durante ese tiempo seguiría la condición del padre; pero esta solución no se conformaba bien con los términos absolutos con que está concebido el artículo 1.º de la Constitución. No es ya poco haber restringido este precepto constitucional.

(22) Me fue denegada por el funcionario al cargo de las mismas en el Ministerio de Justicia.

(23) En este mismo sentido la intervención de DURÁN Y BAS en el Senado (23 de febrero de 1889): «Y puede suceder el hecho real, que el que teniendo por su origen una ley de su nacionalidad, nazca en otro país, y por consiguiente pueda tener una ley de su nacimiento. ¿Qué se ha establecido como doctrina universalmente admitida, relativa a este particular? Que aquel que por esta razón pueda tener dos leyes a que someterse, teniendo como tiene dos períodos en su vida, uno en que, por decirlo así, su personalidad no es completa ni absoluta para poderse determinar, y otro en que ya lo es, en el primer período sigue la nacionalidad del padre, porque esa nacionalidad, hasta cierto punto, absorbe la suya, y no pudiendo manifestarse la suya en la plenitud de condiciones con que la voluntad se puede manifestar jurídicamente, es necesario que se manifieste puramente por medio de la representación del ser que le ha dado existencia; mientras que cuando llegue el momento en que, por decirlo así, alcance con la emancipación legal o voluntaria esa plenitud de condiciones para poder expresar su voluntad, para que manifieste su determinación con efectos jurídicos, entonces, con arreglo a las leyes, puede hacer un acto de opción siguiendo la ley paterna u optando por la ley del sitio de su nacimiento. ¿Por qué motivo, pues, cuando se ha tratado de los oriundos de las provincias que se llaman forales, habéis establecido un principio contrario a este que está admitido en el derecho internacional privado, con unánime consentimiento de todos los tratadistas en la materia, ya que en estas materias no hay apenas leyes, sino doctrinas más o menos universalmente seguidas?» (*Diario de las Sesiones de Cortes—Senado*—, núm. 53, p. 885.)

Sin embargo, en días sucesivos hace referencia, como solución, a la regulación de la nacionalidad, que recoge precisamente esa posibilidad de que el padre ejerza el derecho de opción en nombre del hijo: «¿Queréis salvar la base? Pues tenéis manera fácil de hacerlo. ¿Cuál es? Declarar en el artículo 15 que es aplicable a los interprovinciales en sus relaciones lo que en el artículo 18 se establece respecto de los hijos de los extranjeros o de padres españoles nacidos en el extranjero. Apliquemos esto dentro de las provincias, no para cambiar la cualidad de español, sino para el caso de la aplicación de la ley civil, y tendremos la dificultad solventada.» (*Diario*, núm. 56, p. 966.)

«Son españoles las personas nacidas en territorio español», con esta otra condición agregada por el Código: «Para que los nacidos de padres extranjeros en territorio español puedan gozar de la nacionalidad española, es menester que los padres opten por ella a nombre de sus hijos» (24).

Creo importante apuntar que ese condicionamiento constitucional del Código civil en materia de nacionalidad y, consecuentemente, en materia de vecindad (en cuanto ésta se rija por los criterios de aquélla) ha dejado de existir.

B. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.

La referencia a la coherencia del ordenamiento jurídico se concreta en este caso en acoplar a la vecindad el reconocimiento del *ius soli* que el Código civil hacía en materia de nacionalidad. Ya Alonso Martínez, al criticar la utilización del *ius soli* como criterio predominante para la determinación de la vecindad, hace una referencia expresa al valor del mismo para la nacionalidad (25) (26).

Precisamente uno de los argumentos utilizados en las Cortes

(24) Vid., p. 18 de *Fundamentos de la doctrina de algunos preceptos del Código civil*. Ed. Tecnos. Madrid, 1961. Este trabajo fue publicado en la «Revista de los Tribunales y de Legislación Universal», Tomo XXXIII, números 29, 30 y 31.

(25) «Pero hubiera sido violento el declarar que el mero hecho de nacer accidentalmente en Castilla un catalán o en Cataluña un castellano, privará fatal y necesariamente al nacido del beneficio de la legislación a que sus padres se hallan sometidos, introduciendo la multiplicidad de legislaciones y, por tanto, una verdadera anarquía jurídica en el interior del hogar doméstico por meros accidentes que nada tienen de raros hoy, merced a la facilidad de las comunicaciones, al incremento de las relaciones mercantiles y a la frecuencia de los viajes: como sería ocasionado a conflictos con otras potencias declarar que el nacimiento accidental de los extranjeros en territorio español priva a estos necesariamente de la nacionalidad de sus progenitores. Por esto el número 1.º del artículo 15 agrega la siguiente condición: «Si los padres durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad, o emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil». Es la misma condición consignada en los artículos 18 y 19 para los extranjeros; de manera que el hecho accidental del nacimiento en España o en las provincias de derecho común no impone necesariamente al extranjero la nacionalidad española, ni al foral la sumisión al Código civil, si tal es su *deseo*; mas nunca contra su voluntad». Op. cit. Vid., pp. 17-8.

(26) Q. MUCIUS SCAEVOLA: «Es mera adaptación a la vida interprovincial de los preceptos de los artículos 17, núm. 1.º, y 18 y 19.

Para gozar de la calidad de españoles las personas nacidas en territorio español, de padres extranjeros, es menester que los padres así lo expresen durante la menor edad de los hijos, o que éstos hagan igual manifestación dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación. Pues bien: igual criterio preside en el número 1.º del artículo 15, en orden a la aplicación del Código civil a los nacidos en territorios de derecho común de padres sujetos al foral.» Op. cit. Vid., p. 349.

F. DE CASTRO: «Es una facultad de opción que funcionará como la establecida respecto a la nacionalidad.» *Derecho civil de España*. Madrid, 1952. Tomo II. Vid., p. 474.

contra la primera redacción del artículo 15 del Código fue el señalar que colocaba en peor posición a los nacionales «aforados» que a los extranjeros. De ahí la continua petición de que se aplicasen los artículos que regulaban la nacionalidad a la materia de vecindad (27).

En efecto, a pesar del tenor literal del artículo 17 del Código civil («Son españoles: 1.º. Las personas nacidas en territorio español»), en realidad éste no hacía sino permitir un derecho de opción, cuyo ejercicio había de realizarse según lo indicado en los artículos 18 y 19:

«Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles deberán manifestar dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el artículo 17» (párrafo 1.º del artículo 19).

«Para que los nacidos de padres extranjeros en territorio español puedan gozar del beneficio que les otorga el número 1.º del artículo 17, será requisito indispensable que los padres manifiesten, en la manera y ante los funcionarios expresados en el artículo 19, que optan, a nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando a toda otra» (párrafo 2.º del artículo 18) (28).

(27) LANDECHO alegó frente al argumento expuesto por González de la Fuente, según el cual el artículo 15 no era más que una transcripción del precepto constitucional: «De pasada he de observar que el dignísimo individuo que habló a nombre de la Comisión, parecía que a los que estábamos sujetos al régimen foral pretendía pasarnos a la categoría de extranjeros, puesto que el artículo 1.º de la Constitución habla de los que son españoles, y, por consiguiente, de los que no lo son. Pero, además, fácil es ver que el Código, al desarrollar el artículo 1.º de la Constitución, donde se ocupa en decir quiénes son españoles y quiénes no, establece en los artículos 17, 18, 19, ..., todo el contenido del artículo 1.º de la Constitución, y allí no sólo copia las palabras de ese artículo, sino que añade de otros artículos que desenvuelven este concepto; y digo yo: ¿por qué esa transcripción del artículo 1.º de la Constitución no se aplica lo mismo en este artículo 15, que se refiere a las provincias aforadas? ¿Por qué ha de haber algo que establezca esta distinción a favor de los extranjeros? No sería, pues, entiendo yo, el rogar a la Comisión que aceptara mi enmienda, siquiera para que esto no continuara, para que en el artículo 15 se dijera al final que las prescripciones relativas a los artículos 18, 19 y siguientes se aplican también a este artículo 15». (*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso—*, núm. 72, página 1934.)

Vid., además, lo dicho en la nota 23 acerca de la propuesta de solución brindada por DURÁN y BAS en el Senado.

(28) Innovación introducida por el Anteproyecto de Código civil de 1882-8 (arts. 16 y 17) frente al artículo 103 de la Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870, que sólo preveía la primera forma en el ejercicio del derecho de opción: «Los nacidos en territorio español de padres extranjeros, o de padre extranjero y madre española, que quieran gozar de la nacionalidad de España, deberán declararlo así en el término de un año, a contar desde el día en que cumplan la mayor edad, si a la sazón están ya emancipados, y en otro caso desde que alcancen la emancipación, renunciando al mismo tiempo a la nacionalidad de sus padres».

Vemos, pues, reproducidas con absoluta claridad las dos vías de actuación del derecho de opción que la doctrina considera existentes también para la vecindad civil. E insisto en la claridad del legislador en este supuesto porque ésta no se da en absoluto en la parte del artículo 15 objeto de este estudio, al menos por lo que se refiere a la segunda forma de ejercicio del derecho de opción.

III. SENTIDO DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 15 DERIVADO DE SU INTERPRETACION LITERAL

La doctrina no ha vacilado en ningún momento sobre la doble posibilidad de ejercicio del derecho de opción basada en el número 1.º del artículo 15. Tanto es así que Alonso Martínez afirma convencido: «De todas suertes, el texto es tan claro que no da lugar a duda alguna» (29). Pero sin duda han pesado sobre esta opinión las dos razones anteriormente expuestas, ya que, cuando se lee atentamente el texto promulgado, se llega a la conclusión de que éste tiene otro sentido.

La actuación del derecho de opción por el propio interesado se encuentra claramente recogida:

«si... los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil.»

Pero no se puede decir lo mismo con respecto a la actuación del mencionado derecho por los padres en representación de los hijos:

«si éstos (padres sujetos al derecho foral) durante la menor edad de los hijos... declararen que es su voluntad someterse al Código civil.»

De acuerdo con la gramática castellana, lo expresado es que el sometimiento de los padres al Derecho común durante la menor edad de los hijos produce también el sometimiento de éstos al mismo. No se trata, pues, de que los padres puedan decidir sobre la vecindad civil de sus hijos, sin que ello afecte para nada a su propia vecindad civil, y de que la conserven tal cual era antes de ejercer esa opción en representación de aquéllos.

El pronombre reflexivo *se*, complemento directo del predicado

NAVARRO AMANDI recoge el texto de este artículo 103 de la LRC en el artículo 13 de su *Código civil de España*. Madrid, 1880. Tomo I. Vid., p. 16.

El Anteproyecto de Código civil de 1851 recogía sólo también esa primera forma del derecho de opción: «Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles, y los hijos de padre o madre españoles nacidos fuera de España, deberán manifestar dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el artículo 18» (párrafo 1.º del art. 22).

(29) Vid., p. 18. Op. cit.

verbal *someter*, debe referirse al sujeto del verbo de la oración condicional («si éstos... declararen»), de la que depende la oración consecutiva en que se encuentra («que es su voluntad someterse al Código civil»), puesto que, al encontrarse en infinitivo, carece del mismo. Dicha oración condicional cuenta con dos sujetos: *éstos* (los padres)..., o *los mismos hijos*. Luego el pronombre reflexivo *se* se refiere alternativamente a los padres y a los hijos. Cuando se refiere a los primeros, significa que serán ellos quienes han de someterse al Código civil para que sus hijos queden también sometidos al mismo: si los padres sujetos al derecho foral durante la menor edad de los hijos... declararen que es su voluntad someterse ellos mismos al Código civil.

Si los redactores quisieron otorgar a los padres la posibilidad de optar por los hijos, alterando la vecindad de los mismos, su error consistió en utilizar una única oración subordinada sustantiva de complemento directo («que es su voluntad»), así como una única oración subordinada sustantiva de predicado nominal («someterse al Código civil») para dos sujetos distintos; lo que ya venía determinado por referirlos a un mismo verbo («declararen»). Esto se debió sin duda al afán de aligerar la redacción del artículo que, de lo contrario, tendría que haber sido mucho más pesada:

«si éstos durante la menor edad de los hijos declararen que es su voluntad someterles al Código civil, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación declararen que es su voluntad someterse al Código civil.»

O bien: «si éstos durante la menor edad de los hijos y *en su nombre*, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código civil.»

Para expresar lo normalmente interpretado por la doctrina (que los padres pueden ejercer el derecho de opción en nombre de los hijos durante su menor edad) tendríamos que encontrar el pronombre *les* (someterles) en vez del pronombre *se* (someterse) (30). Pero entonces, esa redacción no serviría para el supuesto en que los propios hijos se someten al Código civil durante el año siguiente a su mayor edad o emancipación. Se impone, pues, como decía, la

(30) Es curioso observar cómo F. DE CASTRO se percató de esto y hace uso de ello en su *Compendio de Derecho civil*: «Si los padres, durante la menor edad de los hijos, declaran que es su voluntad someterles al Derecho del lugar de nacimiento (ejercicio de la patria potestad en favor del hijo)». Madrid, 1968. Vid., p. 343. (El subrayado es mío.)

La cita es muy significativa si se tiene en cuenta que, al estar destinada esta obra al uso de los alumnos de segundo curso de licenciatura, parece como si el autor se hubiese dado cuenta de la falta de claridad del texto legal, optando por aclararlo al alumno de acuerdo con la interpretación que yo trato de impugnar.

utilización de dos construcciones gramaticales separadas: una para cada caso.

Cierto que si nos atenemos a una interpretación estrictamente literal, en el sentido de puramente gramatical, se puede considerar que *su voluntad* no tiene que referirse necesariamente a los padres (*éstos*) y a los hijos alternativamente, sino que puede referirse sólo a los hijos. Partiendo de esa base gramaticalmente admisible, cabría mantener el ejercicio del derecho de opción a cargo de los padres. Cuando fuesen los hijos quienes lo ejerciesen, éstos manifestarían *su* propia voluntad; en cambio, cuando fuesen los padres, éstos manifestarían la voluntad de aquéllos (*su* voluntad).

Insisto en que esta interpretación resulta gramaticalmente correcta y, sin embargo, la he dejado conscientemente relegada al final de este apartado porque la considero inadmisibles, desde el momento en que jurídicamente carece de sentido que los padres al ejercer la patria potestad tengan que apoyar su actuación en la voluntad de sus hijos. Es algo fuera de lugar que los padres sometan a sus hijos al Código civil sólo cuando la voluntad de éstos esté conforme con ello, o mejor, sólo cuando éstos lo deseen expresamente. De sobra es sabido que, frente a la representación voluntaria, en la representación legal sólo se tiene en cuenta el interés del representado y no su voluntad. Esta se sustituye totalmente por la del representante (31). Por eso, si aceptásemos el ejercicio del derecho de opción por los padres, éstos no habrían de tener en cuenta la voluntad de sus hijos. Eso sí, tendrían que atender única y exclusivamente a su interés.

Esta es la razón por la que desechamos la interpretación gramatical mencionada. Se trata sin duda de un buen ejemplo para demostrar que la interpretación literal (lógica del lenguaje) no puede desligarse nunca de la lógica de los conceptos (jurídicos). De lo contrario, podríamos llegar a la conclusión de que *su voluntad* se refiere siempre (en los dos supuestos) a la voluntad de los padres en el número 1.º del artículo 15, incluso cuando son los hijos quienes ejercen el derecho de opción. Gramaticalmente sería admisible.

Luego se puede concluir que la interpretación literal nos conduce a la solución ya apuntada. El artículo 15, número 1.º del Código civil dice que los hijos podrán someterse al Derecho común o bien mediante el ejercicio del derecho de opción por ellos mismos durante el año siguiente a su mayor edad o emancipación, o bien mediante el previo sometimiento de los padres.

Pero aún existen más razones que incitan a mantener esta interpretación y a rechazar la comúnmente aceptada.

(31) SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali del Diritto civile*. Napoli, 1966. Vid., pp. 276 y ss.

Cierto que, de acuerdo con las teorías voluntaristas del derecho subjetivo, se puede mantener la existencia de una voluntad incluso en el recién nacido. Naturalmente, se trata de una voluntad en abstracto que, a nivel individual, no hay forma de concretar si no es acudiendo al interés del titular del derecho.

IV. LA UNIDAD FAMILIAR Y LA VECINDAD CIVIL

Hasta ahora hemos visto en la interpretación sistemática un apoyo para la interpretación que aquí se combate. Esa interpretación sistemática consistía en relacionar los preceptos de la vecindad con los de la nacionalidad. Pero si la unidad del ordenamiento implica la coherencia del articulado de un Código, mucho más impondrá la coherencia dentro de un mismo artículo. Y es así que, si atendemos al artículo 15 del Código civil, observaremos que permitir, en base al *ius soli*, que los padres puedan atribuir a sus hijos una vecindad distinta de la propia, es contrario al principio de unidad de vecindad de todos los miembros de la familia (en el sentido restringido de padres e hijos), recogido en el párrafo 3.º del mismo (32):

«En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre.»

En la edición primitiva la contradicción no se habría producido, ya que en ella el artículo 15 recogía esta regla de unidad vecinal de la familia sólo en un caso y, de nuevo, para servir a su orientación centralista, como a continuación veremos:

«En este caso, la mujer seguirá la condición del marido y los hijos la de su padre» (último párrafo del primitivo artículo 15).

Ese caso era el del número 3.º: la adquisición de vecindad por residencia. Sólo entonces se imponía que la familia siguiese al padre en el cambio de vecindad.

Ahora se dice: «En todo caso». La variación es muy importante. Pero era necesaria, y así lo reconoce Alonso Martínez, a pesar de sus reticencias sobre el acierto de la expresión (33). En efecto,

(32) NAVARRO AMANDI señala la contradicción: «Al decirse en el apartado tercero del núm. 3.º del artículo 15 que «en todo caso la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre», ¿se refiere a todos los casos del artículo? Los términos generales con que está redactado el precepto, parecen resolver afirmativamente la pregunta, lo cual no tiene inconvenientes cuando se trata de determinar la condición de la mujer casada; pero pudiera tenerlos cuando del hijo se trata. El nacido en provincia de derecho común de padre aforado, está sujeto al Código civil en cuanto a los derechos y deberes de familia, etc., si el padre declaró su voluntad de someterlo al Código; ¿sigue este menor la condición de su padre o madre? A nuestro juicio, aunque la siga, esto no será obstáculo para que sus derechos de familia, sucesorios, etc., etc., se rijan por el Código». Op. cit. Vid., p. 47.

(33) «En todo caso»; quizá es algo impropia esta locución. El proyecto primitivo decía: «En este caso, ...».

Los Diputados y Senadores de las provincias forales pidieron que se dijera «en todo caso», y bajo cierto punto de vista tenían razón, puesto que

la redacción anterior, al no imponer con carácter general la unidad de la familia en materia de vecindad civil, conducía a resultados absolutamente inicuos, que suscitaron la indignación de los senadores y diputados defensores de los Derechos forales.

En primer lugar, daba pie, en base al número 2.º del artículo, a que la madre impusiera su vecindad común a los hijos, postergando al padre titular de una vecindad foral. Dicho número 2.º atribuía la vecindad común a los hijos de padre o madre que tuviesen dicha condición. Evidentemente, la alternativa sólo era concebible en los casos de filiación legítima si no se sometía previamente la mujer a la vecindad del marido, permitiendo que mantuviese la vecindad común, distinta de la de éste.

Como es lógico, esta postergación del marido «aforado» frente a la mujer castellana (o de vecindad común) dio lugar a críticas violentísimas en las Cortes (34). Hasta el punto de que Landecho apuntase en el Congreso que semejante norma conduciría a una disminución de los matrimonios mixtos entre «aforados» y mujeres sometidas al Derecho común; lo que indirectamente socavaría la unidad nacional (35). Tampoco faltó la referencia a la

en el título preliminar, aplicable a todo el Reino, no se establecía el principio general de que la mujer sigue la condición del marido y el hijo la del padre. Menester era establecerlo; pero hubiera sido mejor hacerlo en artículo aparte y con anterioridad al 15». Op. cit. Vid., p. 20.

(34) Decía el MARQUÉS DE VADILLO el 14 de marzo de 1889 ante el Congreso: «... y lo que es más, a dónde ha podido llegar el espíritu de hostilidad contra estas legislaciones especiales, seguirán los hijos, en todo caso, la condición de la madre; es decir, sucederá lo que no pasa en ninguna parte, que el hijo sigue siempre la condición del padre. Pues según el artículo 15, y por lo que respecta al estatuto personal, seguirán los hijos la condición de la madre. ¿A qué responde esto? Esto responde, permitidme que lo diga, a un espíritu hostil, a un casi odio a las legislaciones especiales» (*Diario*, número 69, p. 1863). E insistía el 16 de marzo de 1889: «... por rara excepción en nuestras leyes, se establece que los hijos siguen la condición de la madre y no la del padre, si es mengua del derecho foral, quedando sometido éste en todo caso a la vecindad adquirida». (*Diario*, núm. 71, p. 1905.)

En el mismo sentido ROZPIDÉ: «En primer lugar, era preciso haber establecido que la mujer seguirá siempre la condición del marido, cosa que no está dicha en ninguna parte del Código; en segundo lugar, era preciso decir que en el caso de que el padre y la madre pudieran invocar, por su origen, distintas legislaciones, los hijos legítimos seguirían siempre la condición del padre, y no la condición de la madre, como contra todos los principios del derecho y contra todos los principios de unidad y de autoridad en la familia se dice en aquel artículo». (*Diario de las Sesiones de Cortes—Congreso*, núm. 86, p. 2303.)

(35) «Paréceme esto tan enorme, tan ocasionado a que se establezcan en las provincias forales verdaderas fronteras para no perder este régimen foral a que tienen natural derecho; que es tan contrario a la unidad nacional, que tanto ansían los señores de la Comisión, ciertamente no más que nosotros, pero que tanto parecen ansiar, que tiende de tal manera a entorpecer esa unión de unas familias con otras, con lo cual se establece el enlace y los verdaderos fundamentos de la unidad nacional, que yo creo necesario de toda necesidad, que siquiera en esto se varíe la redacción del artículo; que no pueda suponerse que deja de ser vizcaína una familia porque en ella haya entrado una mujer castellana por matrimonio; porque sucederá que los hijos ya no tendrán derecho foral, y aquella familia habrá perdido por completo la

desigualdad de trato de los nacionales «aforados» frente a los extranjeros (36).

En segundo lugar, la aceptación parcial de la unidad familiar en el supuesto de adquisición de la vecindad por residencia carece de sentido si con anterioridad no se ha impuesto ya dicha unidad vecinal. ¿Por qué, en base al cambio de vecindad del padre, se iba a imponer la nueva vecindad a todos los miembros de la familia si previamente se aceptaba la diversidad? La razón se podía encontrar solamente en el centralismo inspirador de la primera edición. El número 3.º de ésta atendía únicamente a la adquisición de la vecindad común (por residencia); consecuentemente, el reconocimiento del principio de unidad para este caso no era sino una forma de engrosar el número de nacionales de vecindad común, en detrimento del número de «aforados».

La segunda edición recoge con absoluta coherencia la exigencia de que todos los miembros de la familia tengan *siempre* (salvo situaciones excepcionales de disolución de la familia) la misma vecindad, la del cabeza de familia. No se admiten excepciones («En todo caso»). La regla se aplica desde el mismo momento en que comience a existir la familia y no sólo si ésta se traslada de residencia. Los desbarajustes a que conducía la coexistencia de varias vecindades en la familia fue puesto de relieve por Durán y Bas (37) en el Senado, y por Landecho (38) y Pons (39) en el

legislación a que ha venido sujeta, y con lo cual se encuentra feliz y contenta.» (*Diario*, núm. 72, p. 1934.)

(36) Así, VILASECA: «Dice el artículo 22 que la española que se casa con un extranjero sigue la condición de su marido; y de lo que preceptúa el artículo 15 resulta que la castellana que se casa con varón de condición foral no sigue la condición de su marido. Es decir, que la mujer castellana que se casa con un inglés o con un chino, deja de ser castellana y se convierte en inglesa o en china; pero la mujer castellana que se case con un navarro o un catalán, no deja de ser castellana, y, por tanto, ni se convierte en navarra ni en catalana.» (*Diario*, núm. 84, p. 2260.)

(37) «¿Pues qué sucederá, señores, en una familia en que el marido sea, por ejemplo, catalán, la madre aragonesa y los hijos hayan nacido en Castilla, y mucho más si el hijo mayor ha nacido en Cataluña, el segundo ha nacido en Castilla y el tercero en Aragón? Pues lo que sucederá será, que con ese sistema habrá la mayor perturbación en la familia en orden a los bienes, y, sobre todo, en las sucesiones. El hijo mayor nacido en Cataluña, hijo de padre catalán, tendrá la legislación catalana; y como el régimen jurídico no se altera, no será mayor de edad, hasta los veinticinco años. El hijo segundo, nacido en Castilla, estará sujeto al derecho común y será mayor de edad a los veintitrés años; y el hijo tercero, nacido en Aragón, como en aquella región no hay verdadera patria potestad, no estará sujeto a ninguna, y resultará, Señores Senadores, por ejemplo, que el que en edad tiene más plenitud de desarrollo se encontrará sujeto a la patria potestad, y que el que nació después de él puede ser mayor de edad a los veintitrés años; y, por último, que el menor de todos, el que tenga menos edad, el que tenga menos desarrollo, éste no se hallará sujeto a la patria potestad.» (*Diario*, núm. 53, p. 886.)

Actualmente puede pensarse en un resultado paradójico, semejante al supuesto por DURÁN Y BAS, si pensamos en el aragonés mayor de catorce años, una vez admitida la posibilidad de que en alguna ocasión se quiebre el principio de unidad vecinal de la familia.

Congreso. De ahí posiblemente la rigidez de la expresión, que realiza la generalidad del principio. Sólo cabría admitir una excepción al mismo cuando de forma clara y terminante fuese recogida por el ordenamiento.

Las consideraciones que acabamos de hacer en torno al principio de unidad vecinal de los miembros de una familia enlazan con una segunda dificultad que surge del ejercicio de ese derecho de opción por los padres en favor de los hijos. ¿Cambiará después la vecindad del hijo, siguiendo a la del padre o a la de la madre, cada vez que éstos cambien la suya (40)? A lo que se contesta

(38) «Pero vamos a los casos en que taxativamente se basa el artículo 15. Dice el 1.º, que todo el que nazca en territorios de derecho común está sujeto a este Código. Y esto, aunque el nacimiento sea accidental, aunque la persona que nazca sea hijo de familia vizcaína, por ejemplo, cuya madre se halle accidentalmente en el momento del nacimiento en un pueblo de territorio común; con lo cual se viene a establecer no sólo la diferencia de legislación entre la familia, cosa gravísima, a mi juicio, sino además hace que una persona misma se encuentre, refiriéndome como digo a Vizcaya, sin derecho a la legítima que concede la ley de Castilla, puesto que siendo el padre vizcaíno, no tiene obligación de respetarla, por un lado; y por otro, sin derecho a la libertad de testar, porque como está sujeto a la legislación de Castilla, no tiene el derecho que tendría si fuera vizcaíno.

En el caso 2.º de este artículo 15 se establece otra cosa todavía más grave, y es que si un vizcaíno hijo de vizcaíno, nacido en Vizcaya, vecino de Vizcaya, se casa con una persona nacida fuera de territorio foral, la trae a su casa, vive allí, tiene en Vizcaya su propiedad y allí establece su familia, evidentemente vizcaína, sin embargo esa familia no se sujeta al régimen foral vizcaíno y tiene que regirse por la legislación de Castilla o común.» (*Diario*, núm. 72, p. 1934.)

(39) «Es necesario que los autores de ese Código reconozcan que puede darse el siguiente caso: el de que exista, por ejemplo, un matrimonio catalán que tenga dos hijos catalanes, y otros dos que estén sometidos a la legislación común. Sucederá indefectiblemente que llegarán los dos hijos primeros a la mayor edad cuando cumplan veinticinco años, con arreglo al derecho catalán, y los otros dos llegarán a los veintitrés años a la mayoría de edad.»

Añade más adelante en su discurso: «habéis desnaturalizado el estatuto personal, destruyendo respetables principios aceptados por las legislaciones de todas partes, que disponen que los hijos sigan la condición del padre y que las mujeres casadas sigan la condición de sus maridos. No me extraña lo que he leído en periódicos de provincias forales al protestar contra el artículo 15 de este Código civil, y es que los maridos no tendrán más remedio que impedir a las mujeres que estén encintas que viajen por territorios de derecho común, porque si ocurriera un nacimiento en un viaje por provincias regidas por derecho común, se perturbaría la familia con las tristísimas consecuencias de una disposición tan arbitraria, en mi humilde opinión, como la que se establece en el Código.» (*Diario*, núm. 72, pp. 1942-3.)

«Una de las bases fundamentales de la ley personal en las provincias de legislación civil distinta, como en todos los Estados de Europa, compuestos de territorios regidos por diversas instituciones jurídicas o derechos especiales, es el principio de que la mujer casada sigue la condición del marido, y los hijos la del padre. No es esto lo que se estatuye en este Código.» (*Diario*, núm. 74, p. 1981.)

(40) Lo que podrá ocurrir no sólo por cambio de residencia, sino también por matrimonio de la madre.

Cabe preguntarse si sería aplicable —una vez aceptado que el hijo habría de seguir en principio los cambios de vecindad de los padres en todo caso—

con otra pregunta: ¿Por qué obligar al hijo a que siga la vecindad de sus padres cuando ésta cambie si ya con anterioridad disfrutaba de una vecindad distinta y, precisamente, por voluntad de los padres? La pregunta queda sin contestación porque no se encuentra ningún argumento que alegar. Puesto que la vecindad de los padres y la del hijo son distintas, lógico es que cada una siga sus propias vicisitudes con independencia de la otra. Comprobamos cómo admitir que los padres puedan ejercer el derecho de opción en los términos señalados conduce no sólo a una destrucción inicial del principio de unidad familiar en materia de vecindad, sino que además crea un régimen especial de vecindad fija e inamovible para el hijo durante su menor edad, puesto que tampoco podrá éste durante la misma alterar por sí mismo su vecindad civil (41). No es necesario insistir una vez más en que, dada la redacción del párrafo 3.º del artículo 15, el Código civil no prevé la existencia de semejante régimen excepcional.

V. LA *RATIO JURIS* DEL DERECHO DE OPCION CONCEDIDO AL NACIDO EN TERRITORIO DISTINTO DEL QUE CORRESPONDE A LA VECINDAD DE SUS PADRES

Otro argumento importante en contra de la interpretación tradicional del número 1.º del artículo 15 radica en sus relaciones con el fraude a la ley. Si los padres pueden atribuir al hijo una vecindad distinta de la suya (que le corresponde por el *ius sanguinis*) apoyándose única y exclusivamente en el nacimiento de aquél en determinado territorio, es claro que se dejan abiertas las puertas al libre ejercicio del fraude a la ley. Basta considerar la facilidad con que se puede provocar el supuesto de hecho determinante del privilegio. Otra cosa es que la persona nacida en un territorio pueda optar al llegar a la mayor edad o emancipación por la vecindad civil correspondiente al mismo, puesto que dicha persona ha sido totalmente ajena a la determinación de ese territorio como el de su nacimiento. En tales términos, *a priori* no cabe utilizar frau-

el artículo 65 (párrafos 2.º y 3.º) de la Ley del Registro Civil, cuando la nueva vecindad hubiese sido adquirida por los padres a través de la mera residencia durante diez años en otro territorio de diferente legislación civil.

(41) Ya el Real Decreto de 12 de junio de 1889, que atendía a la aplicación del artículo 15 del Código civil, decía en su artículo 2.º: «A los efectos del artículo anterior, el plazo de diez años, fijado en el párrafo 5.º del citado artículo 15 del Código, empezará a contarse con sujeción a las siguientes reglas:

2.ª Para los menores de edad no emancipados legalmente, desde el día que cumplan la mayor edad, con arreglo a la legislación a que estaban sometidos al tiempo del fallecimiento de sus padres.

3.ª Para los dementes y pródigos declarados por sentencia firme, desde que, en virtud de declaración judicial, haya cesado la causa de su incapacidad.»

dulentemente el privilegio en cuestión, puesto que es algo que no se puede «buscar» por el interesado, sino que le vendrá dado.

A lo que se añade que, según resulta del texto legal, una vez ejercido el derecho de opción por los padres, queda eliminado su ulterior ejercicio por el directamente afectado, es decir, por el hijo. Naturalmente, si se aceptase la solución contraria, la opción ulterior del hijo debería configurarse como una posibilidad de recuperar su vecindad originaria (la de los padres que le corresponde por el *ius sanguinis* y que perdió mediante el ejercicio del derecho de opción por aquéllos en su nombre) al llegar a la mayor edad o emancipación. Pero, como acabo de decir, el Código no parece facilitar esta reversión (42). De tal forma que la opción realizada por los padres será inamovible, aunque sea manifiestamente perjudicial para el hijo.

Por si esto fuera poco, resulta que los padres pueden realizar la opción en cualquier momento durante la menor edad del hijo, sin ningún tipo de limitación temporal. Así se facilita aún más la persecución de fines ajenos al privilegio, esto es, ajenos a los intereses del hijo, que es el único a quien el ordenamiento pretende favorecer (43).

Por otra parte, el Código limita a los padres la facultad en cuestión (si se admite que la tienen), privando de este poder al tutor. No sólo no está previsto en el artículo 15 semejante atribución al mismo, sino que tampoco es una facultad de las recogidas en los artículos que regulan el ejercicio de la tutela (artículos 261 y siguientes) (44). Ahora bien, si se estimase que el ejercicio anticipado del derecho de opción por los padres es importante, en tanto que beneficioso para el hijo, lógico sería que el legislador

(42) En contra F. SÁNCHEZ ROMÁN: «No dice éste (el Código civil) si los hijos, en cuyo nombre los padres hicieron esta sumisión, podrán *rectificarla* y restituirse a la condición foral que los padres tuvieran, cuando lleguen a la mayor edad o sean emancipados; pero, a pesar de este silencio y de lo grata que pudiera parecernos la tendencia unificadora y de concentración dentro de la ley de Castilla, creemos perfecto el derecho del hijo para hacer tal rectificación, ya porque le bastaría aplicar el medio de la vecindad que establece el número 3.º, ya, también, porque siendo la base de esta especie de *naturalización civil* la voluntad del interesado, y ejerciéndola el padre por *representación* que la menor edad del hijo le otorga, no cabe, en buenos principios, atribuir más eficacia a la voluntad anterior del representante que a la posterior del representado, cuando éste puede manifestarla y no ofenda ni lesione con ello el derecho de los demás.» *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1911. Tomo II. Vid., p. 705.

A favor F. DE CASTRO: «si, como dice el precepto, el padre actúa «por representación», la opción hecha ha ligado al hijo como si la hubiere hecho él mismo. Claro que siempre podrá ganar otra vecindad, pero cumpliendo los requisitos establecidos para ello.» *Derecho civil de España*. Parte General. II-1. Vid., p. 474. Nota núm. 5.

(43) Así los padres podrían ejercer la opción «a favor del hijo» cuando ellos cambiasen de vecindad, mediante la residencia en un territorio, y no les interesase que su hijo les siguiese en la nueva vecindad.

(44) Concretamente, no aparece en la enumeración del artículo 269.

(o la doctrina en su defecto) hubiese atribuido dicho ejercicio al tutor también; sobre todo si se tiene en cuenta que es entonces cuando tiene mayor justificación postergar el *ius sanguinis* en beneficio del *ius soli* para la determinación de la vecindad.

El problema no se plantea cuando los padres son desconocidos, puesto que en esta situación el único criterio existente para fijar la vecindad es el del *ius soli*, según indica el número 4.º del artículo 17 para la nacionalidad. Entonces no nos encontramos en el supuesto del número 1.º del artículo 15 porque, al no poder operar el *ius sanguinis*, no cabe el ejercicio de ninguna opción.

El problema se plantea cuando los padres han fallecido o cuando han perdido la patria potestad. En el primer caso no existe el obstáculo que nace de la unidad familiar. En el segundo caso, ésta puede ser menos relevante; además, la pérdida de la patria potestad implica normalmente una desconfianza hacia la conducta de los padres frente a los hijos, dentro de la cual podría encajar la conveniencia de ejercer la opción que los padres no hubiesen realizado.

Esta facultad sería siempre menos peligrosa en manos del tutor, ya que su actividad se encuentra siempre mucho más controlada que la de los padres (45). Y, sin embargo, no aparece recogida ni por el Código ni por la doctrina.

Y es que basta con reconocer el ejercicio del privilegio en el momento de la emancipación o mayoría de edad del interesado para atender a los fines de favorecer al nacido en territorio distinto del correspondiente a la vecindad de sus padres. Aceptar la segunda vía supone en realidad atribuir el privilegio a los padres, colocándolo al servicio de sus intereses, que no siempre coinciden con los de sus hijos.

VI. NUEVA INTERPRETACION SISTEMATICA DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 15 EN RELACION CON LA LEY DE 15 DE JULIO DE 1954

La postura que trato de defender corresponde al espíritu dominante actualmente en nuestro ordenamiento. La Ley de 15 de julio de 1954, por la que se reforma el Título primero del Libro primero del Código civil, la recoge, al regular el derecho de opción para adquirir la nacionalidad española establecido en favor de los nacidos en territorio español. Ya no se prevén las dos formas de ejercicio de ese derecho que veíamos en los primitivos artículos 18 y 19 del Código. Ahora sólo cabe el ejercicio del derecho de opción por el propio afectado:

(45) Tal como indica F. DE CASTRO, al comentar este mismo derecho de opción con referencia a la nacionalidad: «la mayor confianza en el padre puede explicar esta diferencia» (Op. cit. Vid., p. 409. Nota núm. 1). Sin embargo, yo creo que un auténtico control judicial o del Consejo de familia (o ambos acumulados) brindan mucha mayor garantía que el tradicional recurso al «paternalismo».

«Los interesados podrán hacer la declaración de opción dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, ante el encargado del Registro del Estado Civil del pueblo en que residieren para los que se hallen en el Reino, o ante uno de los Agentes consulares o diplomáticos del Gobierno español, si residen en el extranjero» (artículo 18, párrafo 2.º).

Esta modificación de la Ley de 1954 no sólo es importante, para mi argumentación, en cuanto muestra el cambio de criterio operado en el tema, sino también porque priva a la doctrina del argumento más sólido en que se apoyaba su interpretación del número 1.º del artículo 15.

Ese argumento nacía de la interpretación sistemática en relación con la regulación de la nacionalidad. No es válido argüir que hay que seguir refiriéndose a las normas del Código civil vigente (sobre la nacionalidad) en el momento de su promulgación. Ello supondría desconocer la esencia de la interpretación sistemática, que responde a los postulados de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Si tales postulados exigían, en el momento en que se promulgó el Código, que la adquisición de la nacionalidad y la de la vecindad respondiesen a criterios semejantes, ello se debió a que se consideraba que, dada la naturaleza de ambas instituciones, su regulación normativa no podía resultar contradictoria. Por tanto, el cambio legislativo de la regulación de una de esas dos instituciones tiene que repercutir necesariamente (en la medida de lo posible, de acuerdo con el respeto debido a la letra de la ley) en la otra. Sólo cuando se hubiese producido entretanto una disociación de ambas instituciones, vecindad y nacionalidad, sería lógico mantener la interpretación sistemática de la vecindad en relación con la regulación primitiva de la nacionalidad, puesto que esa (y sólo esa) correspondería al momento en que ambas instituciones habrían respondido a los mismos criterios; unidad de criterios que ya no se daría en el momento actual, una vez operada la disociación. Pero este no es el caso. Nacionalidad y vecindad siguen siendo figuras afines dentro del ordenamiento. Y por eso precisamente la interpretación sistemática de las normas sobre la vecindad impone el atender a los cambios legislativos operados en la nacionalidad (45 bis).

VII. ENSAYO DE NUEVA INTERPRETACION DEL NUMERO 1.º DEL ARTICULO 15 DEL CODIGO CIVIL

Actualmente, el mantenimiento del ejercicio del derecho de opción a favor de los padres se apoya sólo en un criterio de autoridad relacionado con la voluntad del legislador. Esto es lo que he pretendido demostrar. Frente a ese argumento de autoridad se

(45 bis) Con esto no queremos decir, sin embargo, que nacionalidad y vecindad sean dos instituciones absolutamente análogas. Sin embargo, tienen múltiples puntos de contacto donde la analogía puede funcionar *a priori*.

puede oponer, junto a la interpretación literal y la final, la interpretación sistemática del número 1.º del artículo 15 del Código. Dicha interpretación nos dice que nuestro ordenamiento ya no considera adecuado que los padres sustituyan a sus hijos ni en los derechos de opción que afectan a la nacionalidad, ni, consecuentemente, en el derecho de opción que afecta a la vecindad.

Ahora bien, una vez rechazada la interpretación que sostiene toda la doctrina, creo inevitable el tratar de dar un sentido a la referencia a los padres contenida en el número 1.º del artículo 15. Se pueden formular dos soluciones.

Limitándonos a la interpretación literal de dicha norma, podría deducirse que esta concede dos derechos de opción, uno a favor del hijo y otro a favor del padre. El primero puede ejercerlo al llegar a su mayor edad o emancipación. El segundo puede ejercerlo durante la menor edad del hijo y a su propio favor (el del padre); se trataría de un privilegio a favor de los padres, que podrían adquirir una determinada vecindad civil por el simple hecho de haber tenido un hijo en el territorio correspondiente. Naturalmente, el privilegio radicaría en la exención de los requisitos normales de residencia. Por otra parte, al adquirir los padres la nueva vecindad, también la adquiriría el hijo, de acuerdo con el penúltimo párrafo del artículo 15, del que ya hemos hablado.

Esta interpretación, con ser la única que daría una explicación total a la especialidad del número 1.º del artículo 15, parece fuera de lugar. Sobre todo porque establecería un privilegio desproporcionado, que no tiene ningún antecedente. Y, lo que es más grave, con tal interpretación se facilitarían mucho más el fraude a la ley que con la interpretación rechazada. Existiría la extraña y peligrosa posibilidad de que una familia cambiase de vecindad cada vez que naciera un nuevo hijo.

La segunda solución es mucho menos pretenciosa. Se trata de ver en el número 1.º del artículo 15 el lugar donde el ordenamiento considera todas las vías por las que el hijo puede adquirir la vecindad propia del territorio en que ha nacido. Existe una primera forma privilegiada, que corresponde al derecho de opción, cuyo ejercicio recae sólo sobre el hijo dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación. Y existe una segunda forma, que no es sino una adaptación al supuesto del régimen general de cambio de vecindad de la familia (luego del hijo también mientras esté sometido a la patria potestad) cuando se produce la del jefe de familia a través del cambio de residencia, con los requisitos del párrafo 2.º del artículo 15 (45 ter.).

Esto ocurre con la determinación inicial de la nacionalidad y de la vecindad según los criterios del *ius soli* y del *ius sanguinis*.

(45 ter) Aunque parece evidente que el legislador quiso someter los cambios de vecindad a la voluntad del interesado —y así se deduce de las discusiones en las Cortes sobre la conveniencia de distinguir la vecindad civil de la administrativa—, la interpretación correcta del artículo 15 permite ganar una vecindad nueva con el simple transcurso del tiempo (diez años),

Como ya adelantaba, esta segunda solución no satisface plenamente, puesto que la interpretación dada implica la superfluidad de que esa segunda forma o vía de acceso a la vecindad conste en el número 1.º del artículo 15. En efecto, no presenta ninguna especialidad respecto al régimen general de cambio de la vecindad. Tanto es así que para dicho cambio no es necesario que el hijo haya nacido en ningún territorio de legislación distinta; luego no se trata de un reconocimiento del *ius soli*. Pero se puede pensar que la ley se sitúa en la contemplación del supuesto real en el que el nacimiento del hijo en otro territorio (del que corresponde a la vecindad de los padres) no es casual, sino que responde a que la familia ha trasladado al mismo su residencia; y, por ello, señala como vía de adquisición de dicha vecindad para el hijo el que los padres declaren que es su voluntad someterse a la legislación correspondiente, expresa o tácitamente, de acuerdo con los requisitos del propio artículo 15, párrafo 2.º. Precisamente en esta interpretación se podría comprender la indeterminación absoluta del momento en que la adquisición de dicha vecindad se operaría: «durante la menor edad de los hijos».

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

No hay que olvidar que el texto legal aquí estudiado no fue redactado con estas intenciones, sino, según parece, atendiendo a la interpretación que he rechazado. Por ello será siempre difícil encontrar una interpretación que encaje perfectamente con todas las exigencias de una buena técnica legislativa. Lo que he pretendido ha sido condenar una interpretación que, ya defectuosa en su nacimiento, ha dejado de corresponder al espíritu de nuestra legislación. Una vez condenado el régimen excepcional (en que consiste la atribución del ejercicio del derecho de opción a los padres), lo más racional es acudir al régimen general en la medida en que el texto legal lo permita. Yo entiendo que en este caso es posible hacerlo.

En definitiva, creo que lo que en su día fue una mala redacción del artículo 15 es lo que permite darle actualmente una interpretación más conforme con el sentido de nuestra legislación vigente, sin necesidad de esperar a una reforma del mismo.

Ya los redactores del Proyecto de Ley de reforma del Título preliminar del Código civil de 14 de noviembre de 1962 eliminaron

sin contar con la voluntad del afectado por el cambio. (Vid., F. DE CASTRO. Op. cit. pp. 475-77).

Por ello, ateniéndonos rigurosamente a la mencionada interpretación en la explicación del núm. 1 del artículo 15 que ofrecemos, habrá que limitar su referencia al régimen general de cambio de vecindad al supuesto de cambio voluntario sólo (dos años más manifestación de voluntad), puesto que dicho número 1.º se refiere siempre a un cambio derivado de una declaración de voluntad («declaren que es su voluntad»).

explícitamente ese ejercicio anómalo del derecho de opción de la vecindad por los padres en representación de los hijos, al disponer en el párrafo 2.º de su artículo 14:

«Tienen vecindad civil en territorio de Derecho común o en uno de los de Derecho especial o foral los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Sin embargo, los que no ostenten la vecindad civil del lugar del nacimiento podrán optar por ella, dentro del año siguiente a su mayoría de edad o emancipación, ante el encargado del Registro Civil.»

Pero insisto por última vez, este resultado se puede alcanzar ya, desde el momento en que la interpretación normal no tiene más apoyo que el de la *communis opinio*, la cual sospecho que desgraciadamente responde sólo a la inercia de nuestra doctrina por lo que se refiere a este tema (46).

(46) Es curioso observar cómo, a pesar de que algún autor, ya a raíz de la Reforma de 1954 sobre la nacionalidad, se ha quejado de que no se hubiese reformado en el mismo sentido que en aquélla el derecho de opción en materia de vecindad, en ningún caso se haya puesto en duda la interpretación dada al número 1.º del artículo 15. Es el caso de Tomás OGAYAR AYLLÓN: «Es lamentable que las modificaciones de los textos legales se hagan en forma fragmentaria, pues si la regionalidad está dominada por principios análogos a los de ciudadanía, al modificarse los principios inspiradores de la adquisición de la nacionalidad española, debió, al mismo tiempo, hacerse las necesarias adaptaciones en la dependencia regional. El actual artículo 18 del Código, en fortalecimiento del principio de unidad familiar, el más identificado —según frase de la Exposición de Motivos— con la tradición y los sentimientos de la nación española y con el conjunto de nuestro sistema jurídico, sólo concede la facultad de optar a los mismos hijos, pues, por considerarse este derecho como personalísimo, se ha privado a los padres de la potestad de ejercitarlo durante la minoridad de aquéllos, que el Derecho anterior les concedía. Igual disposición debe establecerse para optar por la vecindad civil, pues el sistema actual facilita la posibilidad de leyes distintas reguladoras de la relación paterno-filial, con sus inevitables conflictos, además de que tal facultad concedida a los padres puede afirmarse que ha caído en desuso, porque es rarísimo el caso de que un padre aforado opte, sólo para su hijo menor, por el sistema del Código, así como también es infrecuente el caso inverso. Como la opción se concede exclusivamente a los nacidos en determinado territorio, sólo ellos deben ejercitar ese derecho, cuando estén en condiciones legales de expresar su voluntad, y, mientras tanto, en acatamiento a la unidad de la familia, deben seguir sometidos a la legislación por la que se rijan sus progenitores; si éstos quieren que su hijo se someta a un Derecho especial determinados, dénele ejemplo sometiéndose ellos, y, así esta condición, adquirida por el padre, repercutirá en sus hijos no emancipados. Pero facultar a aquél para que elija para su descendiente una como nacionalidad regional distinta a la suya propia, para aumentar los conflictos de levas en la propia familia, es ilógico y absurdo.» *Adquisición de la nacionalidad y de la regionalidad*. RJC, 1955. Vid., p. 534.

El régimen jurídico de la inversión de capitales extranjeros en Bélgica

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. Las primeras restricciones al movimiento de capitales aparecidas en el año 1932.—2. La instauración del régimen de control de cambios.—3. El "Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio".—4. Los medios y recursos de los particulares ante el régimen de control de cambios.—5. Las primeras medidas de liberalización del régimen de control de cambios.—6. Las leyes de expansión económica.—7. Las características del régimen belga de inversiones de capital extranjero.—8. Los requisitos normativos para las inversiones extranjeras por sociedades mercantiles.—9. Las conclusiones críticas de la doctrina belga.—10. Notas comparativas del régimen belga de control de cambios y de las inversiones extranjeras.

1. *Las primeras restricciones al movimiento de capitales aparecidas en el año 1932.*

El movimiento de capitales extranjeros en Bélgica comienza a tener dificultades al adoptarse por el gobierno acuerdos de clearing a partir del año 1932.

Como instrumento de control, el legislador belga inicia el establecimiento de un sistema de medidas defensivas contra las disposiciones extranjeras que pongan en peligro los pagos de las exportaciones belgas. La Ley del 8 de agosto de 1932 dispuso de un modo general: "Lorsqu'un pays organise le contrôle des devises monétaires de manière telle qu'il en résulte une atteinte grave aux droit des créanciers belges, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, réglementer le paiement des créances que ce pays ou ses ressortissants auraient sour des débiteurs belges, de manière à permettre la liquidation par compensation des créances appartenant à des Belges" (1).

Mediante esta política de protección a los acreedores belgas también se van estableciendo las primeras medidas que organizan el control de cambios y la reglamentación de los pagos exteriores (2),

(1) El texto completo cfr. VAN HOUTTE, *Pandectes Périodiques* (1938), pp. 111-114 y *Répertoire Pratique de Droit Belge*, XI (1940), pp. 182-183.

(2) Cfr. ALLOU, *La politique monétaire de la Belgique et ses répercussions sur la situation de nos paiements extérieurs*, en *Annales des Sciences Economiques Appliquées*, 8-4 (1950), pp. 303 ss.

fundamentalmente como consecuencia del segundo conflicto bélico mundial.

2. *La instauración del régimen de control de cambios.*

Después de las primeras medidas en materia de cambios y pagos con el extranjero, coincidiendo con el panorama europeo y mundial, la Ley del 7 de septiembre de 1939 viene a conceder al Rey poderes extraordinarios en este ámbito con el fin de afrontar las consecuencias de las autarquías económicas nacionalistas que día a día iban imponiendo, cada vez más, sus normas propias y restringían sus relaciones con los demás países.

A esta Ley le siguen una serie de medidas legislativas que constituyen y consolidan el régimen de control de cambios belga, como son: el Decreto-Ley del 6 de octubre de 1944, relativo a la declaración que se debe hacer por los ciudadanos en cuanto a sus haberes en oro o en moneda extranjera, sus valores extranjeros y de sus bienes situados fuera del país; el Decreto-Ley del 6 de octubre de 1944, que crea el "Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio", el Decreto-Ley del 6 de octubre de 1944, relativo al control de los cambios con el exterior, así como una serie de medidas reglamentarias y complementarias y ministeriales (3).

Se trata de un conjunto de medidas legislativas de una gran complejidad, tal como declara el propio Instituto belga de Derecho comparado (4), pudiendo decirse que dicha reglamentación se compone de una serie de disposiciones que acrecientan la influencia del Estado sobre la vida económica de la nación y que están en relación con otras medidas modificativas sobrevenidas en la estructura política, económica y social.

El control de cambios se presenta bajo la forma de una prohibición general atenuada por la posibilidad de obtener autorizaciones administrativas para el movimiento de capitales con el extranjero; la prohibición afecta a todo acto susceptible de influir sobre la utilización de las divisas o valores extranjeros en el cambio del país, a los movimientos efectivos de bienes y valores a través de las fronteras (art. 7 del Decreto del 6 de octubre de 1944), así como las relaciones contractuales de los residentes respecto de los extranjeros (art. 6 del citado Decreto). Las autorizaciones administrativas adquieren la forma de licencias generales y cubren toda una categoría de operaciones, así

(3) INSTITUT BELGO-LUXEMBOURGEOIS DU CHANGE, *Texte coordonné des dispositions légales et réglementaires relatives au contrôle des changes dans l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise*. Bruxelles (dos volúmenes).

(4) INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ, *Information générale*, en "Le contrôle des changes. Ses répercussions sur les institutions juridiques" Etude de droit comparé publiée sous la direction de HAMEL, BERTRAND y ROBLOT. Paris, s. a., pp. 114-146; "Code Economique et Financier". Bruxelles, 1954, pp. 521 y ss.

como las autorizaciones particulares afectan a una operación determinada.

Los organismos encargados de la aplicación de la reglamentación de control de cambios son dos fundamentalmente: el "Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio" y los Bancos (5).

Los departamentos que intervienen en la reglamentación de cambios son el Ministerio de Asuntos Económicos y el Ministerio de Hacienda.

Cualquier infracción a la reglamentación de cambios es perseguida a requerimiento del Instituto, puesto que toda actividad pública en este ámbito pertenece exclusivamente al ministerio oficial (6).

3. El "Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio".

El "Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio" está estructurado como un establecimiento público —es decir, como un miembro de la Administración— y tiene personalidad jurídica (7). La Cour de Cassation belga (8) confirma esta especial estructura que le permite ejercer funciones públicas y una actividad privada, particularmente de Derecho mercantil. Según DE KEPPER (9), no obstante aquella función pública y actividades de contenido puramente privado en sus relaciones comerciales, se trata de una circunstancia puramente extrínseca que no modifica para nada el fundamento público del Instituto, tal como resulta de los textos legales.

La misión del Instituto es la de elaborar, administrar y hacer observar las reglamentaciones dictadas en la materia. Su control abarca: 1.º Las operaciones de los residentes acerca de los haberes poseídos en el extranjero o sobre los títulos de crédito poseídos en el país respecto de no residentes; 2.º Las operaciones de los no residentes respecto a los haberes poseídos por ellos en la Unión belga-luxem-

(5) Cfr. COLLIN, *Les banques et la réglementation du change*, en *Annales des Sciences Economiques Appliquées*, 12 (1954), pp. 10 ss.

(6) DE KEPPER, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, en *Revue de la Banque*, 9 (1954), 679-702; también *La transaction en matière d'infractions au contrôle des changes*, en *Journal des Tribunaux*, 4.061 (1955), pp. 246 ss. Además: *La recherche et la constatation des infractions au contrôle des changes*, en *Rechtskundig Weekblad* (1956), pp. 8 ss.

(7) Cfr. WILLEMS, *L'Institut Belge-Luxembourgeois du Change*, en *Journal des Tribunaux* (1948); CHAPEL, *Le régime administratif du contrôle des changes dans l'Union Belgo-Luxembourgeoise*, en *Revue Internationale de Science de l'Administration* (1953), pp. 1 ss.; MASERA, *Struttura della regolamentazione valutaria Belgio-Lussemburghese*, en *Moneta e Credito* (1957), pp. 78 ss.; INSTITUT BELGE LUXEMBOURGEOIS DU CHANGE, *Texte coordonné des dispositions légales et réglementaires relatives au contrôle des changes dans l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise*, cit., vol. I y II.

(8) Sentencia del 3 de abril de 1950, en *Pasicrisie Belge*, I (1950), p. 549; Sentencia del 2 de septiembre de 1952, en *Bulletin Juridique* (1952), p. 766.

(9) DE KEPPER, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, cit., p. 691.

burguesa; 3.º Todas las nuevas operaciones comerciales y financieras entre residentes y no residentes; 4.º Todas las transferencias hacia el interior o hacia el exterior.

Estas actividades del Instituto implican el ejercicio de la autoridad pública y es en el Derecho público en donde se encuentran los principios que las rigen.

El Instituto está compuesto por un Consejo de nueve miembros (art. 3.º del Decreto-Ley del 6 de octubre de 1944) que ejerce los poderes inherentes a la realización de los fines del Instituto, así como los poderes para disponer los reglamentos de orden interno (art. 6.º del citado Decreto-Ley); con funciones delegadas, mediante convenios, la Banca Nacional de Bélgica es el órgano encargado por el Consejo de realizar la labor cotidiana (art. 7.º del citado Decreto-Ley); mediante uno de estos convenios, el concluido el 12 de febrero de 1945 (con efectos retroactivos al 9 de noviembre de 1944) se adscriben más de doscientas personas, empleados de la Banca Nacional para las funciones del control de cambios, en sustitución de una sede propia del Instituto, de la que carece, así como de servicios, personal y oficinas propias (10). A pesar de ello, es corriente en el lenguaje usual referirse a las personas que actúan por el Instituto como de "funcionarios".

Dado que el ordenamiento belga correspondiente al control de cambios le falta la nitidez necesaria sobre este punto, cree DE KEPPER (11) que deben hacerse hipótesis para explicar las consecuencias que se derivan del doble carácter público y privado del Instituto respecto a su entidad, actividades y a las personas que lo componen como delegadas.

4. *Los medios y recursos de los particulares ante el régimen de control de cambios.*

En cuanto a los medios procesales y recursos que pueden ejercitarse dentro del régimen belga de control de cambios, el Instituto Belga de Derecho Comparado, en su informe general aportado a la encuesta del Centro Francés de Derecho Comparado (12), puntualiza lo siguiente:

A) Los particulares carecen de recurso contra las leyes o los decretos-leyes, pero sí tienen un recurso ante el Consejo de Estado contra los decretos reales y ministeriales, siempre que sea introducido dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la disposición incriminada. Los particulares tienen un recurso ante el Consejo de Estado

(10) Cfr. "*Texte coordonné des dispositions légales et réglementaires relatives au contrôle des changes*", cit.

(11) DE KEPPER, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, cit., p. 693.

(12) INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARE: *Belgique. Information générale*, cit., pp. 145 ss.

contra las decisiones tomadas por aplicación de aquellos textos legales; el recurso debe ser introducido, igualmente, dentro de los sesenta días que siguen a la publicación o notificación de la decisión.

B) Un recurso de anulación puede interponerse ante el Consejo de Estado en base al artículo 9 de la Ley del 23 de diciembre de 1946, así como cuando se cause un daño excepcional a un particular como consecuencia de las medidas tomadas por el Estado (artículo 7.º, párrafo primero de la citada Ley). Si la medida (de carácter administrativo) atenta contra un derecho civil, la reparación del perjuicio puede ser demandada ante los tribunales civiles del orden judicial en virtud de los principios generales del Derecho.

C) Normalmente la responsabilidad comprometida es la del Estado, por lo que la responsabilidad eventual de otras personas jurídicas (físicas o morales), distintas del Estado, no da lugar a la apertura de una demanda ante los tribunales.

D) El procedimiento ante el Consejo de Estado viene determinado por el Decreto del Regente de 23 de agosto de 1948. El procedimiento ante los tribunales judiciales es de Derecho común.

Según el Instituto Belga de Derecho Comparado han sido pocos los recursos introducidos ante los tribunales judiciales. Ante el Consejo de Estado tan solo es conocido el recurso planteado contra el Estado belga (Ministro de Hacienda) por el que se pretendía obtener una decisión relativa a una indemnización para la reparación de un perjuicio excepcional; la demanda fue rechazada por una decisión del 6 de marzo de 1952 por estimar el Consejo de Estado que el requirente no había sufrido tal perjuicio.

5. Las primeras medidas de liberalización del régimen de control de cambios

En el año 1947, Bélgica inicia una política de suavización de controles y en el mes de mayo se autorizan las transmisiones de valores extranjeros dentro de la Unión Económica Belga-Luxemburguesa, las inversiones en el extranjero de ciertos haberes líquidos que no era necesario ceder a los bancos con funciones delegadas y la libre importación de billetes de banco belga y extranjeros.

En el año 1949 se daban medidas de carácter general para el desbloqueo de ciertas cuentas de no residentes (13) y, en abril de 1955, se crea un mercado libre junto al mercado oficial o reglamentado (13 bis). El mercado oficial, accesible sólo a los bancos autorizados, es utilizado (obligatoria o facultativamente) para la realización de cierta

(13) Cfr. SELLESLAGS, *Les contrôles des changes et les accords de paiements internationaux*, en *Revue de l'Université de Bruxelles* (1951-1952), pp. 308 ss.

(13 bis) Cfr. TOUMA, *Les aspects monétaires et commerciaux du contrôle des changes avec une étude sur l'évolution du contrôle des changes en Belgique*. Beyrouth, 1952.

categoría de operaciones, en tanto que otras (la mayoría de los movimientos de capital) quedaban excluidas del mismo y debían hacerse forzosamente a través del mercado libre"; en el "mercado oficial" sólo se negocian las divisas convertibles (14).

A partir del año 1952, y hasta 1957, comienzan a dictarse medidas esporádicas y muy particularizadas con objeto de promocionar nuevas inversiones (15).

La Ley del 24 de junio de 1952 es una de las primeras con la finalidad de incentivo para las inversiones al conceder inmunidades para la sobretasa. La Ley del 7 de agosto de 1953, el Estado concede ayuda financiera y bonificaciones de interés a empresas industriales y artesanas. La Ley del 24 de noviembre de 1953 viene a favorecer la fusión de sociedades. La Ley del 18 de febrero de 1954 trata de la recuperación de pérdidas. La Ley del 1 de julio de 1954 se da para la inmunidad de impuestos sobre cédulas. Por último, la Ley del 31 de mayo de 1955 concede ayuda financiera del Estado (préstamos y subvenciones) para la construcción y adquisición de edificios industriales y artesanales, así como ciertas ventajas fiscales (esta Ley fue reemplazada por la de 10 de julio de 1957).

El período de estos diez años (1947-1957) se caracteriza por regir un típico sistema de control de cambios, aunque ya se inicia la fase de apertura que va a liberalizar el movimiento de capitales para ciertos sectores de interés vital para la economía nacional y de sus relaciones internacionales (15 bis).

6. Las leyes de expansión económica

Son las leyes del año 1959 (del 15, 17 y 18 de julio) (16), conocidas por "Leyes de expansión económica", así como la referida a los beneficios fiscales del 14 de abril de 1965 (17) (que reemplaza las dic-

(14) Véase: "Huit Banques Centrales Européennes". Paris, 1963; JAKOB, *Die Wirtschaftspolitik Belgiens in den Jahren 1944 bis 1953 unter besonderer Berücksichtigung der Währungspolitik unter der Vollbeschäftigung*. Lörrach, 1956.

(15) Cfr. BENOISIN, *Le problème des investissements en Belgique*, en *Annales de Sciences Economiques Appliquées*, 10-2 (1952), pp. 110 ss.; PILOY, *Le problème du financement des investissements en Belgique*, en *Annales de Sciences Economiques Appliquées*, 10-4 (1952), pp. 261 ss.

(15 bis) Cfr. DE KEPFER, *Enkele beschouwingen over wisselcontrole en convertibiliteit*, en *Rechtskundig Weekblad* (1954-1955), pp. 1623-1628.

(16) Véase: "Moniteur Belge", del 29-VI-1959, cfr. ALLOO, *Le financement de l'expansion économique de la Belgique*, en *Vie Economique et Sociale*, 30 (1959), pp. 97 ss.; BLONDEL, *Belgium*, en "Legal aspects of foreign investments", de FRIEDMANN y PUGH. Boston, 1959, pp. 54-76; LAMFALUSSY, *Investment and growth in nature economies; the case of Belgium*. London, 1961; BUISSERET, *Les lois de relance économique*. Louvain, 1960; BAUDHUIN, *Code Economique et Financier*. Bruxelles, 1964, p. 809.

(17) MOFFARTS D'HOUCHEENÉE, *Mesures fiscales tendent à favoriser les investissements*, en *Rapports belges au VII Congrès international de droit comparé*. Bruxelles, 1966, pp. 465-480.

tadas en 10 de julio de 1957 y 7 de agosto de 1959) quienes componen el conjunto normativo fundamental, base del régimen favorable en pro de las inversiones de capital extranjero (18).

Se trata de un régimen ciertamente progresivo, no obstante, específicamente condicionado a las "empresas que tengan por objeto un interés económico general" (19), o que se encuadren dentro del programa quinquenal del gobierno para las "regiones en desarrollo" o a través de una economía concertada o contractual en el cuadro de la programación económica (20).

Sin embargo, toda ayuda que acuerde el Estado belga debe ser intervenida por organismos de crédito agregados a este efecto por el Gobierno o a través de los organismos financieros internacionales (Banca Internacional de Reconstrucción o de Desarrollo, Banca Europea de Inversiones) o por instituciones públicas de crédito (la Sociedad Nacional de Crédito para la Industria (21), el Crédito Comunal de Bélgica) o por entidades privadas de crédito (diversos bancos privados) (22).

Siempre el Estado dispone del poder de declarar la última palabra en materia de inversiones, constatan WIEME y SCHRANS (23), como ocurre en el caso más general de financiación a través de la Sociedad Nacional de Crédito para la Industria, quien ha de invitar a un representante del Ministerio de Hacienda a las reuniones del consejo de Administración, el cual posee la facultad de suspender ciertas decisiones del consejo para antes poder consultar con el ministro.

7. Las características del régimen belga de inversiones de capital extranjero.

El extranjero que procede a la inversión de capitales en Bélgica queda vinculado a la política del Instituto Belga-Luxemburgués del

(18) Cfr. WIEME y SCHRANS, *Régimes juridiques d'investissement du capital étranger*, en *Reports belges au VII Congrès international de droit comparé*. Bruxelles, 1966, p. 88.

(19) Este interés económico general se concreta por el art. 2.º del Decreto real del 17 de agosto de 1959.

(20) Cfr. ARRIGHI de CASANOVA, *Les quasi-contrats du Plan*, en *Droit social* (1965), pp. 341 ss.

(21) Sobre los requisitos a cumplir a través de esta entidad bancaria v. VANDEPUTTE, *Quelques aspects de l'activité de la Société Nationale de Crédit à l'Industrie*. Bruxelles, 1961.

(22) Cfr. BENOISIN, *Le système bancaire belge 1953*, en *Annales des Sciences Economiques Appliquées*, 11 (1953), pp. 436 ss.; COLLIN, *Les banques et la réglementation des changes*, en *Annales des Sciences Economiques Appliquées* (1954); JOHNSON y SAYERS, *Il sistema bancario belga*, en *Bancaria Italiana*, 12 (1956), pp. 975 ss.; FIERENS, *Some characteristics of banking in Belgium*, en *Bankers' M.*, 188 (1959), pp. 182 ss.; ARIENTI, *Caratteristiche strutturali e funzionali del sistema bancario belga*. Milano, 1958.

(23) WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 94.

Cambio que, según los propios autores belgas (24), consiste en no poner obstáculos inútiles al comercio con el exterior, reduciendo al mínimo el número de operaciones que requieren una autorización particular.

Para atender a esta finalidad, el Instituto dispone de dos medios: a) el aplicar los reglamentos donde se prescriben las condiciones en las cuales las operaciones sometidas a la autorización del Instituto pueden realizarse sin que sea necesaria para cada caso una autorización particular; b) el conceder autorizaciones generales respecto a una persona determinada, o a un grupo de personas, para un conjunto de operaciones.

Si la inversión extranjera realizada en Bélgica resulta conveniente (25), a los inversores se les aplica un reglamento en cuanto a la garantía de las transferencias (repatriación de capitales y de las ganancias obtenidas), pero con la condición de observar las formalidades prescritas por el reglamento (26).

Las características principales y disposiciones que caracterizan el régimen belga de las inversiones de capital extranjero (27) pueden resumirse en las siguientes:

A) La necesidad de una autorización del Instituto para las inversiones extranjeras directas, a excepción de las inversiones de cartera que no la requieren.

B) La necesidad de licencias de importación del "Office Central des Contingents et Licences" cuando se aporten mercancías extranjeras.

C) La autorización del Instituto para la transferencia de ganancias obtenidas en el país para controlar la realidad y el carácter efectivo de la inversión extranjera, a excepción de que se trate de títulos depositados en bancos que no la requieran.

D) La necesidad de autorización para la repatriación de capitales, aplicándose las mismas normas que para la transferencia de ganancias en los casos de liquidación o cesión de empresas, venta de valores (acciones y obligaciones) y amortizaciones. No existen res-

(24) WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 97.

(25) Resultan "inversiones convenientes" las que reúnen las condiciones siguientes: "las destinadas a mantener o a establecer, con fines productivos, relaciones directas y durables con una empresa industrial o comercial establecida sobre el territorio de la Unión Belga-Luxemburguesa bajo la forma de participación al capital de la empresa o bajo la forma de préstamo a medio o a largo plazo", *cf.* WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 98.

(26) El proyecto de inversión debe ser sometido al Instituto mediante la intervención de un banco agregado, así como al control y prescripciones establecidas por el Instituto, *cf.* WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 98, n. 10.

(27) Véase la publicación de la "Organización de Cooperación Económica" (O. E. C. E.): *Le financement du développement industriel en Europe et Etats-Unis (Sup. I. Belgique, France, Grèce, Italie)*. París, 1954, p. 135 ss. También: ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES BANQUES, *Le financement des investissements (France, Grande-Bretagne, Belgique, Italie, la B. I. D. R., l'U. E. P.)*. París, 1951

tricciones para las reinversiones, los gastos corrientes y las cesiones a un extranjero.

E) La constitución y control de las empresas con capital extranjero resulta en las mismas condiciones que las requeridas para los nacionales belgas; las limitaciones particulares a la actividad que desarrollen no tiene ninguna disposición especial (28). En cambio, se requiere una autorización para el empleo de mano de obra extranjera (29).

Las normas sobre expropiación prevén aquellos casos en que debe realizarse por utilidad pública, siguiéndose el régimen nacional establecido para las empresas belgas (30).

El régimen fiscal está basado en medidas de favor hacia las empresas extranjeras, pudiéndose conceder beneficios como el de la tasa profesional con una excepción del 40 por 100 hasta una tasa máxima del 48 por 100 sobre los beneficios realizados en establecimientos belgas o sus intermediarios (31).

8. *Los requisitos normativos para las inversiones extranjeras por sociedades mercantiles.*

Bélgica cuenta con una tradición importadora de capitales a través de sociedades anónimas extranjeras establecidas en el país (32). La situación de estas sociedades y su régimen jurídico vino regulada por tratados bilaterales (33), ocupándose la doctrina de su

(28) Al ser Bélgica miembro del Mercado Común adquiere ciertos compromisos y se aplican unas normas de reciprocidad respecto a los demás países integrantes que repercuten en unas consecuencias de orden interno y también respecto de otras organizaciones internacionales, cfr. NIJOFF, *Les conséquences d'ordre interne de la participation de la Belgique aux organisations internationales* La Haye, 1964.

(29) Cfr. BUTEMPS, *Liberté d'établissement et libre prestation des services dans le Marché Commun*. Bruxelles, 1968.

(30) Cfr. WILKIN, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*. 2.^a ed. Bruxelles, 1953.

(31) Cfr. DE MOFFARTS D'HOUCHEENÉE, *Pour une amélioration du régime fiscal des amortissements*. Bruxelles, 1957; BRABANT, *Placements et fiscalité*. Bruxelles, 1967; VAN HOORN, *Le régime fiscal des sociétés mères et filiales en droit fiscal international*, en *Problèmes fiscaux d'aujourd'hui*. Deuxième série (1963-1965). Bruxelles, 1967; JACQUEMIN y PARMENTIER, *La double imposition économique des bénéfices de sociétés et les mesures d'allégement*. Bruxelles, 1968.

(32) Acerca de las sociedades extranjeras constituidas bajo la forma belga, cfr., en *Clunet* (1914), pp. 869 ss. Cfr. ABRAHAM, *Les sociétés en droit international privé*, Bruxelles, 1957.

(33) Sobre el Tratado franco-belga del 8 de julio de 1899, los tribunales tuvieron ocasión de examinar dos casos de competencia exclusiva del tribunal de la sede social o del centro de negocios de una sociedad, declarándose incompetentes los tribunales belgas cuando la sede social en Bélgica es ficticia, cfr., en *Clunet* (1904), pp. 135 y (1923), p. 320.

tratamiento (34), siendo objeto de decisiones jurisprudenciales (35), especialmente en materia de quiebra (36).

Actualmente, los casos más frecuentes de inversión directa de capitales privados extranjeros suele realizarse a través de una sociedad (belga o extranjera), de una sucursal o a través de cualquier otra sede de operaciones.

Ante esta realidad, los principales requisitos que la legislación vigente exige, son los siguientes:

A) Las sociedades mercantiles, industriales y financieras constituidas y que tengan su sede en el extranjero pueden realizar sus operaciones y estar establecidas legalmente en Bélgica (art. 196 de las Leyes Coordinadoras sobre las sociedades mercantiles) (37); en cuanto afecta a su existencia y capacidad se rigen por su ley nacional (38), mientras que su actividad y demás relaciones públicas y privadas se rigen por el derecho nacional belga.

B) Toda sociedad, cuyo principal establecimiento lo tenga en Bélgica, queda sometida a la ley belga, aunque su constitución se haya realizado en el extranjero (art. 197 de las Leyes Coordinadoras). Esta disposición, que se refiere a la nacionalidad de una so-

(34) Cfr. GUILLERY, *Condition légale des sociétés étrangères en Belgique*, en *Clunet* (1883), pp. 225 ss.; ANSPACH, *De la situation juridique des sociétés anonymes fondées en Belgique*, en *Revue des Sociétés* (1894), pp. 571 ss.; MAIGNIEN, *Les sociétés anonymes étrangères en Belgique*, en *Revue Internationale des Assurances*, t. II, pp. 59 ss.

(35) Tuvieron por objeto los siguientes casos: Sociedad extranjera con sede de operaciones en Bélgica ha de juzgarse por los tribunales belgas, en *Clunet* (1893), p. 944. Sobre la competencia territorial belga por sucursal establecida en Bélgica, en *Clunet* (1910), p. 251. Establecimiento en Bélgica y aplicación de la ley belga con obligación de publicar en Bélgica los estatutos, en *Clunet* (1912), p. 914. En cuanto a la acción en justicia de una sociedad que no ha tenido publicidad en Bélgica y con ausencia de toda serie de operaciones en Bélgica, en *Clunet* (1912), p. 273. Cuando existe sede social en el extranjero y se tiene despacho negocial en territorio belga hay elección tácita de domicilio, en *Clunet* (1914), p. 1346. En el caso de una sucursal en Bélgica que plantea acción en justicia y se produce una liquidación en el extranjero puede haber una persecución judicial en Bélgica, en *Clunet* (1914), p. 1344.

(36) Sobre materia de quiebra véanse los casos siguientes: Sociedad extranjera con sede en Bélgica, actos de simulación, aplicación de la ley belga particularmente en materia de quiebra, en *Clunet* (1876), p. 305. Efectos de la quiebra según la jurisprudencia belga por declaración en el extranjero, en *Clunet* (1880), p. 87. Sociedad extranjera con sede social en el extranjero y sede de explotación en Bélgica; posibilidad de quiebra en Bélgica, en *Clunet* (1887), p. 360. Sociedad inglesa con actuaciones ocurridas en Bélgica; posibilidad para los tribunales belgas de declarar la quiebra, en *Clunet* (1888), p. 680. Sociedad extranjera con quiebra declarada en Bélgica; medidas previas respecto a los bienes del deudor por la jurisprudencia extranjera y apreciación soberana del juez delegado, en *Clunet* (1912), p. 573, cfr. "*Idées nouvelles dans le droit de la faillite*". Travaux de la quatrième Journée d'Etudes juridiques Jean Dabin (17 mai 1968). Bruxelles, 1969.

(37) Cfr. "*Lois coordonnées sur les sociétés commerciales*". Bruxelles, 1968.

(38) Cfr. WIEMÉ y SCHRANS, *op. cit.*, p. 102.

ciudad mercantil, aclara que las palabras “establecimiento principal” deben ser entendidas de modo que se trate de una sede administrativa, es decir, la sede donde se dirige efectivamente o se encuentra la dirección suprema de los negocios (39).

C) Las sociedades extranjeras que crean en Bélgica una “sucursal” o una “sede cualquiera de operaciones” deben proceder a cumplir los requisitos de publicidad impuestos a las sociedades belgas (en materia de actas y balances) y las personas que llevan la gestión del establecimiento belga quedan sometidas a la misma responsabilidad frente a terceros que los gerentes de una sociedad belga (artículo 198 de las Leyes Coordinadoras) (40).

La interpretación de lo que supone “sucursal o sede de operaciones” se ha expuesto con claridad y precisión por el Tribunal de Apelación de Bruselas, al entender en su Sentencia del 8 de diciembre de 1955 (41) que se trata de “todo establecimiento secundario, toda instalación mercantil dependiente, todo centro de vida social accesorio, pero establecido de modo estable y regular en un lugar fijo donde se tiene un encargado que representa con permanencia la sociedad y trata a nombre de ella con el público, bien que dicho encargado sea persona física o se trate de un ente moral” (42).

Como regla general, las sociedades extranjeras pueden establecer en Bélgica sus sedes y ejercer su actividad como empresas belgas (43); no obstante, se prevén ciertas restricciones en cuanto al ámbito de las comunicaciones, como para los transportes aéreos (44) y los marítimos (45), las operaciones bancarias (46) y las explotaciones mineras. También se exigen determinadas condiciones en cuanto al

(39) Cfr. VAN BOXOM, *Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen*. Bruxelles, 1964, pp. 21 ss.

(40) “Lois coordonnées sur les sociétés commerciales”, cit., cfr. LORPHEVRE, *Le droit d'enregistrement relatif aux sociétés étrangères opérant en Belgique et la notion: “siège quelconque d'opérations”*, en *Répertoire Fiscal* (1954), pp. 4-13; RAE, *La responsabilité civile des administrateurs, fondateurs et actionnaires des sociétés anonymes*. Bruxelles, 1968.

(41) Véase en *Pasicrisie Belge*, II (1957), p. 1962 y en *Revue pratique des sociétés* (1958), p. 220, cfr. LIMENS y SCHRANS, *Chronique de législation et de jurisprudence étrangères. Belgique*, en *Revue trimestrielle de droit commercial* (1965), p. 751.

(42) Cfr. RIGAUX, *La notion de “succursale” d'une société étrangère en droit belge*, en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II (Gent, 1965), pp. 815 ss.

(43) El establecimiento en Bélgica de un extranjero queda sujeto a la “Ley sobre policía de extranjeros”, del 28 de marzo de 1952, cfr. *Moniteur Belge*, del 30-31-III-1952, que requiere un permiso y autorización del Ministro de Justicia (art. 2). El Ministro podrá reenviar al extranjero cuya presencia considere nociva a la economía del país (art. 3).

(44) Cfr. LITVINE, *Précis élémentaire de droit aérien*. Bruxelles, 1953.

(45) Cfr. HEENEN, *Vente et commerce maritime*. Bruxelles, 1952.

(46) Cfr. BOUDINOT y FARBOT, *Technique et pratique bancaires*. Bruxelles, 1967.

porcentaje de capitales extranjeros admitidos y a la nacionalidad de los dirigentes (47).

Los trabajos públicos financiados por el Estado no pueden ser ejecutados más que por una sociedad belga, en la cual los dos tercios, al menos, del capital sean belgas (48).

9. *Las conclusiones críticas de la doctrina belga.*

La etapa de 1939 a 1959, desde sus primeras medidas hasta la conclusión de una absoluta centralización por el régimen de control de cambios, se caracteriza, en frase del propio Instituto belga de Derecho comparado (49), como un conjunto de medidas legislativas de gran complejidad que acrecientan la influencia del Estado sobre la vida económica de la nación y que están en relación con otras medidas modificativas sobrevenidas en la estructura política, económica y social.

Esta influencia del Estado a través de sus órganos gubernativos se extiende a las medidas punitivas y, como hace ver DE KEPPER (50), toda infracción a la reglamentación de cambios se persigue a requerimiento del Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio, puesto que toda acción pública en este ámbito pertenece exclusivamente al ministerio público.

El Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio es un establecimiento público que se integra como un miembro de la Administración central (51); se trata de un órgano del Estado encargado de vigilar ciertos intereses superiores de la nación, por lo que sus actividades suponen el ejercicio de la actividad pública y es, en el derecho público donde hay que buscar los principios que rigen sus actividades (52).

El Instituto posee una doble naturaleza: como ente público y como persona privada en cuanto tiene personalidad jurídica para llevar a cabo actos de comercio.

Desde el punto de vista de derecho comparado, en relación con otros regímenes extranjeros del control de cambios, se advierten idénticas características para los organismos o Institutos encargados de ejercer dicho control (53). De aquí que, al igual que los demás sistemas

(47) Cfr. BAUDHUIN, *Code Économique et Financière 1964*. Bruxelles, 1964.

(48) Cfr. NEVILLE, *Les investissements publics en Belgique*. París, 1951.

(49) INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ: *Information générale*, cit., p. 144.

(50) DE KEPPER, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, cit., p. 689.

(51) Cfr. DE KEPPER, *op. cit.*, p. 690.

(52) Cfr. DE KEPPER, *op. cit.*, p. 691.

(53) Para Italia, cfr. DE FRANCO, *Sulla natura giuridica dell'Ufficio italiano dei cambi (osservazioni in merito ai c. d. organi persona giuridiche)*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, II (1961), pp. 631 ss.; ARIAS, *Sulla natura giuridica dell'Ufficio italiano dei cambi*, en *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, I (1964), pp. 264 ss. Para Francia, cfr. PEYTEL-HEYMANN, *L'origine de l'Office des Changes; son fonctionnement et sa réglementation*, en *Gazette*

o regímenes de reglamentación de cambios, la doctrina belga también deba concluir (54) que a su sistema de control de cambios le falta claridad y se aparta de los principios tradicionales del derecho administrativo; para su interpretación, pues, se debe recurrir a plantear meras hipótesis.

A juicio de DE KEPPER (55), los poderes del Instituto se advierten firmemente, si se le examina de cerca; la presión que ejerce en la vida del ciudadano es más de lo que uno se imagina comúnmente y, para comprobarlo, basta con el examen de sus disposiciones legales y reglamentarias (autorizaciones, licencias, permisos) (56).

Las operaciones financieras del comercio internacional, así como los actos de la vida nacional, la simplemente cotidiana, quedan bajo los poderes de la reglamentación del Instituto. DE KEPPER (57) advierte cómo el simple acto del comerciante que vende un paquete de cigarrillos a un viajero extranjero, el hotelero que le da alojamiento, el garajista que prevé de gasolina y aceite al automovilista extranjero, así como el que reserva una habitación en el hotel a un amigo extranjero realiza actos de disposición o adquisición que necesitan una autorización o de una tolerancia del Instituto; estas tolerancias y autorizaciones generales hacen imperceptibles en la práctica la verdadera naturaleza del sistema elaborado por la ley; en realidad, todo está prohibido a no ser que se autorice por el Instituto, invirtiendo uno de los principios generales del Derecho belga.

También se encuentran en crisis otros principios, como el de que el deudor deba cumplir sus deudas. El belga que desea pagar su deuda a un extranjero puede encontrarse impedido por el Instituto, no sólo para las deudas contraídas posteriormente a 1944, sino también respecto a las deudas contraídas con anterioridad (58). Es el Consejo del Instituto quien delibera mediante una actuación de procedimiento *sui generis* sobre la conveniencia de una autorización, basada en formalidades sustantivas por disposiciones legales de orden público (59).

du Palais (1950), pp. 4 ss.; JEANTET, *La evolution du contrôle exercé par l'Office des Changes sur les relations financières franco-étrangères en 1950*, en *Clunet*, 77 (1950), pp. 1272 ss.; IZÉ, *Office des Changes*. Paris, 1954; MESTRE, *Office des Changes*. Paris, 1954. Para España, cfr. BAENA DEL ALCÁZAR, *Problemas jurídico-administrativos del control de divisas en la nueva Ley de Bases de Ordenación Bancaria*, en *Revista de Administración pública*, 38 (1962), pp. 381 siguientes; BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones dinerarias*. Madrid-Roma, 1967, pp. 37 y ss.; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de "clean hands"*. Madrid, 1968, pp. 43 ss.

(54) Cfr. DE KEPPER, *op. cit.*, p. 693.

(55) DE KEPPER, *op. cit.*, p. 697.

(56) Cfr. DE KEPPER, *op. cit.*, p. 697, n. 1.

(57) DE KEPPER, *op. cit.*, pp. 697 y 698.

(58) Cfr. DE KEPPER, *op. cit.*, p. 698.

(59) Para concretar lo que se entiende por "orden público" se suele seguir la definición dada por DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, vol. 2, párrafos 90-91, para quien una ley es de orden público cuando im-

Las medidas de liberalización para la creación de un mercado libre de divisas, lograr la convertibilidad de la moneda y los privilegios para favorecer las inversiones nacionales y extranjeras (60), se logran sucesivamente hasta las leyes de expansión económica de 1959, por lo que se pasa de una política monetaria rígida de control de cambios a otra más flexible.

A pesar de la liberalización, el régimen de control de cambios permanece, si bien sus métodos hayan cambiado de signo. Según exponen WIEME y SCHRANS (61), la política del Instituto Belga Luxemburgués del Cambio actual consiste en no poner obstáculos inútiles al comercio extranjero, disponiéndose todo de manera que se reduzcan al mínimo el número de operaciones que requieran una autorización particular. Ello evidencia que aún se mantiene un control de cambios directo, si bien se restrinja a sectores concretos (como las empresas de comunicaciones en el transporte aéreo y marítimo, las bancarias, las mineras y las de obras públicas) (62), persistiendo el sistema de autorizaciones y licencias para operaciones de capital específicas, como la importación de mercancías, contratación de personal extranjero o repatriación de capitales. También se ejerce un control indirecto que actualmente pretende dar el tono de medida general a base del cumplimiento de requisitos reglamentarios o bien mediante la mediación y vigilancia de organismos públicos o semipúblicos (organismos agregados, las bancas delegadas).

En materia de inversiones extranjeras, WIEME y SCHRANS (63) señalan cómo se opta por un régimen de favor; sin embargo, ello no quiere decir que la liberalidad que se concede esté desposeída de control, puesto que ha de conducirse a través de un sector especial, el del llamado "mercado libre", que no puede confundirse ni invadir el ámbito del "mercado oficial", reservado para las operaciones de capitales usuales o de pagos comerciales. Esta compartimentación o canalización de las operaciones de capitales tiene por objeto dar la apariencia de un mercado abierto y liberal cuando, en realidad, implica un mecanismo de control, tanto para la entrada de capitales, o inversiones, como para las salidas de ellos, o desinversiones.

Las operaciones de entrada de capitales se conciben mediante una

plica los intereses esenciales del Estado o de la colectividad... cuando se refiere a los principios de la organización social y de su estabilidad.

(60) Cfr. BAUDHUIN, *Histoire économique de la Belgique 1945-1956*. Bruxelles, 1958.

(61) WIEME y SCHRANS, *Régimes juridiques d'investissement du capital étranger*, cit., p. 97.

(62) Otra restricción muy importante a la inversión de capital extranjero en Bélgica puede derivarse de la condición de ser miembro de la Comunidad Económica Europea (C. E. E.), como consecuencia del art. 92 del Tratado de Roma, según ponen de relieve WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 103 y BARTÔS, *Le régime juridique des investissements étrangers. Rapport général au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*. Uppsala, 1966, p. 12.

(63) WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 87.

autorización general que solamente debe ser "indicada", es decir, que no requiere una información detallada, si bien el Instituto puede verificar y exigir otros detalles (como una intervención directa facultativa); en realidad, se trata de que se realice una de las garantías más fundamentales exigida por todo Estado receptor o importador de capitales, cual es la de que se verifique y controle la realidad y el carácter efectivo de la inversión.

El resultado de este sistema es la apariencia de una gran libertad en el movimiento de capitales cuando, prácticamente, el Estado no ha renunciado a una intervención directa y discrecional de su Administración económica a través del Instituto del Cambio. Incluso, dicen WIEME y SCHRANS (64), cuando una operación se hace a través de un organismo financiero agregado, como la "Sociedad Nacional de Crédito para la Industria", el Estado también dispone del poder de decidir la última palabra, puesto que en el Consejo de administración de la sociedad hay un representante del ministro de Hacienda, quien posee la facultad delegada de suspender ciertas decisiones del consejo para hacérselas conocer antes al ministro.

Las operaciones de salida de capitales del país, o desinversión, si bien se conciben como liberalizadas de todo impedimento de carácter administrativo, al tener que discurrir necesariamente por el canal especial del "mercado libre", resultan controladas indirectamente y limitadas al volumen de divisas que existan en el mercado libre; además, cabe la intervención facultativa del "Banco Nacional Belga", quien puede realizar limitaciones al adaptar el volumen de estas salidas según el estado de las reservas y disponibilidades monetarias.

Tales características y concreciones del régimen belga para los movimientos de capital tienen su confirmación en las expresivas declaraciones del propio Director del Banco Nacional Belga y Consejero del Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio, el doctor STRYCKER, quien en 1962, a propósito de una declaración ante la Comisión gubernamental para el estudio de los problemas de financiación de la expansión económica, dijo: "Las operaciones de capital se hacen en un sector especial del mercado de cambios, llamado "mercado libre"; este mercado es distinto y separado del mercado oficial que está reservado a los pagos comerciales y a otras operaciones llamadas "corrientes". Las entradas y salidas de capitales se autorizan (a través del mercado libre) cualquiera que sea la naturaleza de la operación que las origina. La naturaleza de la operación debe ser indicada, pero sin información detallada; el Instituto del Cambio puede verificar la declaración y exigir otras precisiones. Esta autorización general de salida de capitales no significa que el éxodo de capitales puede ser ilimitado, por el contrario, las salidas están limitadas por el volumen de divisas ofrecidas en el mercado libre o, eventualmente, suministradas por el Banco Nacional. Como en otros países, ni Bélgica ni

(64) WIEME y SCHRANS, *op. cit.*, p. 94.

Luxemburgo pueden exponerse a las consecuencias que puedan presentar las salidas masivas de capital para sus reservas monetarias, y gracias a la intervención facultativa del Banco Nacional el sistema actual permite adaptar el volumen de estas salidas al estado de las reservas y disponibilidades monetarias”.

En realidad, los autores ya ponen de relieve cómo Bélgica es un país tanto exportador de capitales (65) como importador (66), y, como consecuencia, su legislación tiene por objeto la defensa de la economía nacional contra la influencia exagerada de las inversiones extranjeras, así como impedir que las empresas radicadas en Bélgica no pierdan su carácter nacional a causa de esta influencia (67).

10. *Notas comparativas del régimen belga de control de cambios y de las inversiones extranjeras.*

El régimen de control de cambios vigente en Bélgica durante los años 1939 al 1959 puede decirse que posee las mismas características que el régimen español ya adoptado en el período 1928-1936 y que se continúa desde 1939 a 1959.

La intensidad de medidas establecidas por el régimen belga de control de cambios durante los años 1944-1949 coincide con el régimen español ante la necesidad de obtener licencias y autorizaciones particulares para cada tipo de operación, en base a la prohibición general establecida por la Administración del Estado para todo el ámbito del movimiento de capitales y valores (67 bis).

La tendencia hacia una liberalización del régimen de control adviene, igualmente, en una segunda etapa (1950-1959), coincidiendo tanto en Bélgica como en España la apertura de mercados libres de divisas, así como una serie de medidas esporádicas conducentes a favorecer los movimientos de inversión de capitales extranjeros.

La primera etapa (1939-1949) o decenio que impera el régimen de control de cambios belga se caracteriza por la concesión de poderes extraordinarios al Rey (Ley 7 septiembre 1939), a fin de que se puedan adoptar todas las medidas necesarias de control, como

(65) Cfr. DELMOTTE, *De Belgische Koloniale Holdings*. Leuven, 1946; LE PAS, *La protection des investissements internationaux privés à l'étranger*, en *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, VII-1 (1962), pp. 65 ss.; VERHAEGEN, *Les investissements privés belges à l'étranger*, en *Epargner et Investir*, 103 (1962), pp. 25 ss.; JOYE, *Les Trusts en Belgique. La concentration capitaliste*. Bruxelles, 1964.

(66) Cfr. BAERDEMAEKER, *Investissements privés et développement économique. A propos d'une enquête effectuée dans divers pays importateurs de capitaux*, en *Revue de la Banque*, II (1960); HAERECHE, *Protection de la propriété privée dans les investissements internationaux*, en *Société belge de études*, 2 (1958), pp. 397-403.

(67) Cfr. BARTÔS. *op. cit.*, pp. 10 y 14.

(67 bis) Cfr. “*Code Economique et Financier*”. Bruxelles, 1954, pp. 276-277, 1758 y 1775 a 1803, especialmente para los valores mobiliarios.

ocurrirá para los haberes en oro o en moneda extranjera, así como para los bienes y valores situados en el extranjero (Decreto-Ley 6 octubre 1944); se dispondrá la centralización y control de todas las operaciones por el Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio (Decreto-Ley 6 octubre 1944) (68).

Idénticas disposiciones habían sido dadas en España en cuanto a la obligatoriedad de ceder las divisas, el oro amonedado o en pasta y los títulos valores extranjeros propiedad de residentes (Decreto-Ley 14 marzo 1937 y Ley 14 marzo 1948) y ejercerse un control total por el Instituto Español de Moneda Extranjera (Ley 25 agosto 1939).

Tanto el Instituto del Cambio belga como el español se caracterizan por ser "establecimientos públicos", es decir, órganos de la Administración estatal, si bien posean una "personalidad jurídica", matiz específico reconocido no sólo por Bélgica y España, sino por todos aquellos Estados que han adoptado el régimen de control de cambios, con objeto de que abarque una serie de funciones y actos de comercio como cualquier otra persona privada. Ante esta nueva característica, propia de los organismos de la Administración con carácter autónomo, la doctrina se plantea una idéntica problemática respecto a la naturaleza jurídica de tales Institutos del Cambio, así como las consecuencias que ello puede tener respecto a los recursos que los privados pueden ejercitar ante un perjuicio a sus intereses por las decisiones tomadas por los representantes del Instituto.

La segunda etapa (1950-1959) (69) del régimen de control de

(68) Sobre la severidad y rigor del régimen de control de cambios belga, así como de su finalidad principal de impedir la evasión de capitales, por lo que es necesario que lleve una selección de las peticiones de autorización, cfr. MASERA, *Struttura della regolamentazione Belgo-Lussembughesse*, en *Moneta e Credito* (1957), pp. 78-79.

(69) Cuando los Institutos de control de cambio (sea belga o español) actúan conforme a sus requisitos reglamentarios y hacen uso de sus poderes discrecionales realizando una selección de las peticiones de divisas decidiendo una autorización o denegación a los particulares, a éstos aún les quedan a su alcance recursos ante los organismos jerárquicos de la Administración del Estado o ante los tribunales judiciales ordinarios, según se trate de un derecho de naturaleza administrativa o civil. Tanto en Bélgica como en España la reglamentación de cambios no especifica un recurso concreto, si bien se entiende que los particulares tienen a su alcance los recursos generales que todo administrado posee frente a la Administración si se considera lesionado en sus derechos.

El Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio constata que se puede interponer un recurso de anulación ante el Consejo de Estado, en base al artículo 9 de la Ley de 23 de diciembre de 1946, que instituye el Consejo de Estado, cfr. INSTITUT BELGE DE DROIT COMPARÉ: *Belgique*, en "*Le contrôle des changes*", cit., p. 145. Con arreglo a estos criterios, y en base a este precepto el Consejo de Estado belga deniega el recurso interpuesto por un particular y sentencia, por su Requête del 6 de marzo de 1952, que dicho particular no sufrió un perjuicio excepcional.

En España el Instituto Español de Moneda Extranjera tiene las mismas facultades discrecionales para decidir conforme a sus normas reglamentarias

cambios belga adquiere un tono menos riguroso al marcarse la tendencia liberalizadora para su mercado de divisas (70), así como al adoptarse una serie de medidas normativas que, si bien son esporá-

(Ley 25 agosto 1939 y Decreto 24 diciembre 1939) la autorización o denegación de divisas. Del mismo modo que la legislación belga, la española pone a disposición del particular los recursos generales de las vías administrativa y civil, según la naturaleza del derecho que ejercita para poder recurrir ante decisiones que considere el particular que le lesionan. Los Institutos del cambio son organismos públicos de la Administración estatal; como dice DE KEPPEL, *La poursuite des infractions au contrôle des changes*, cit., p. 690, "el Instituto Belga-Luxemburgués del Cambio es un establecimiento público, es decir, una rama de la Administración constituida en persona jurídica"; y en el art. 4.º del Arrêté-loi 6 octubre 1944, se dispone que "el Ministro de Hacienda tiene el derecho de controlar todas las operaciones del Instituto". En España UBIERNA, *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.ª ed. Madrid, 1949, p. 207, igualmente afirma que "el Instituto Español de Moneda Extranjera es una entidad de derecho público, dotada de personalidad jurídica" que "depende directamente del Ministerio de Industria y Comercio", según el art. 1.º de los Estatutos del Instituto.

Es decir, que tanto en Bélgica como en España un particular puede hacer uso de los recursos existentes frente a los organismos de la Administración, como el Instituto de cambio. Si en España, con la promulgación de la Ley del 26 de diciembre de 1958, que encuadra al Instituto de moneda extranjera como "entidad estatal autónoma", puede llevar a la doctrina a discutir la posibilidad de una relación jerárquica (GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*. Madrid, 1960, p. 134; JORDANA DE POZAS, *Ensayo sobre las entidades públicas, representativas y profesionales en el derecho administrativo*, en *Estudios de Administración Local y General*, I (Madrid, 1961), pp. 207 ss.; CLAVERO, *Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular de las administraciones autónomas*, en *Documentación Administrativa*, 58 (1962), pp. 13 ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Problemas jurídico-administrativos del control de divisas*, cit., pp. 381 ss.; MEILAN, *La evolución de los organismos autónomos en España*, en *Documentación Administrativa*, 78-79 (1964), pp. 59 ss.; BAENA DEL ALCÁZAR, *Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración central*, en *Revista de Administración Pública*, 44 (1964), pp. 59 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *El recurso jerárquico en Derecho español*, en *Studi Zanobini*, II, Milano, 1965, pp. 3 ss), lo que no cabe duda es que lo dispuesto por el art. 8 de dicha Ley de Entidades Autónomas es que "no implica desvinculación de los Departamentos ministeriales a que están adscritos". Además, la política centralista de nuestra Administración se deja sentir prácticamente; por eso nuestro Tribunal Supremo clara y expresamente, en Sentencia del 4 de diciembre de 1963, declaraba que es "el Instituto Español de Moneda Extranjera, organismo ciertamente diferente del que había caducado la validez de las licencias, pero perteneciente al mismo Departamento ministerial y jerárquicamente encuadrable en el complejo orgánico administrativo estatal". Y más concretamente, dicha Ley de Entidades Autónomas reconoce el empleo de los recursos de alzada, reposición y revisión (art. 76).

Para los actos acontecidos con anterioridad a esta Ley, los particulares tenían a su alcance los recursos reconocidos por el ordenamiento general (Ley del 19 octubre 1889), que pone a su disposición el recurso ordinario de apelación, concretamente para los casos de una demanda ante una autoridad superior en grado a la que dictó el fallo; si el Instituto Español de Moneda Extranjera "depende directamente" del Ministerio de Industria y Comercio (después sólo de Comercio y actualmente al pasar al Banco de España su servicio del de Hacienda), resulta idóneo el recurso ordinario de apelación en base al Reglamento orgánico del 14 de junio de 1935 del Ministerio de Agricultura, declarado de aplicación al Ministerio de Industria y Comercio por el artículo 23

dicas, todavía tienden a favorecer el movimiento de capitales en el interior y hacia el exterior (Ley 7 agosto 1953, Ley 31 mayo 1955, Ley 10 julio 1957) (71).

Paralelamente, en España la situación normativa tiende a suavizarse en este período con las disposiciones de apertura del mercado libre de capitales en divisas (Decreto 21 julio 1950, Decreto 26 octubre 1951, Decreto 5 febrero 1954, Decreto 5 abril 1957 y Resolución 12 abril 1957) (72).

El año 1959 es decisivo para ambos países, ya que en Bélgica se promulgan las "leyes de expansión económica" (Leyes del 15, 17 y 18 de julio de 1959) y de ventajas fiscales (Ley 14 abril 1965), y, en España, se establecen las nuevas normas de ordenación económica y sobre inversiones de capital extranjero (Decreto-Ley 21 julio 1959 y Decreto-Ley 27 julio 1959), complementadas por otras disposiciones (Orden 24 diciembre 1959, Orden 10 febrero 1960, Orden 12 marzo 1960, Orden 11 agosto 1961, Orden 15 marzo 1962, Decreto 17 mayo 1962), desembozándose en la fase liberalizadora (Decreto 18 abril 1963) con la realización del llamado "Plan de Desarrollo Económico y Social" (Ley 21 diciembre 1963), el cual, según su propio texto legal, "asigna un papel primordial a la aportación de capital extranjero" y "para ello mantendrá el sistema de garantías y facilidades para las inversiones, para su repatriación y para su transferencia de rendimientos que constituyen ya el marco legal vigente" (73).

del Decreto de organización de este Departamento el 16 de octubre de 1935 (cfr. UBIERNA, op. cit., p. 193). Además, el particular tiene a su disposición el recurso contencioso-administrativo (cfr. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, III (Zaragoza, 1964), p. 164; GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, I (Madrid, 1964), p. 432) una vez que causa estado la resolución del Instituto Español de Moneda Extranjera por la interposición del recurso de alzada (cfr. SERRANO GUIRADO, *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en *Revista de Administración Pública*, 10 (1953), pp. 156 ss).

(70) Cfr. BAUDHUIN, *Histoire économique de la Belgique, 1945-1956*, cit.

(71) Después de la guerra de Corea, la economía belga comienza a prosperar y su balanza de pagos logra equilibrarse con abundancia de medios de pago en dólares, cfr. "L'évolution du contrôle des changes dans l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise", en *Bulletin d'Information et de Documentation de la Banque Nationale de Belgique*, II-5 (1954). Pero, con la creación de la Unión Europea de Pagos, en Bélgica se formó un fuerte saldo hacia los países europeos con un regreso respecto a los dólares, cfr. "Rapport de la Banque Nationale de Belgique", Bruxelles, 1952, p. 24, por lo que el Instituto del Cambio se vio obligado a ejercer un control de las entradas y limitar la utilización del crédito, cfr. "Rapport de l'Institut Belgo-Luxembourgeois du Change", Bruxelles, 1959, p. 9.

(72) Cfr. KERVYN de LATENHOVE, *Evolution monétaire et financière de l'économie belge depuis juin 1954*, en *Bulletin d'Information et de Documentation de la Banque Nationale de Belgique*, II-5 (1955).

(73) Cfr. DE LA FUENTE, *La ordenación del comercio exterior*, en *Boletín de Estudios Económicos*, XII-41 (1957), pp. 103 ss.; SAINZ ESTIVARIZ, *Estructura del comercio exterior español*, en *Boletín de Estudios Económicos*, XII-41 (1957), pp. 87 ss.; PORNOY, *Sistema multilateral de comercio y de*

En cuanto al establecimiento de empresas comerciales extranjeras, al igual que en Bélgica, el ordenamiento español permite constituir libremente sus negocios en España y los requisitos legales exigidos son los mismos para ambos países; las excepciones establecidas, al igual que en el régimen belga, necesitan de una autorización administrativa, como ocurre para las que pretendan actuar en el ámbito bancario, en el tráfico aéreo o en las minas. España excepciona igualmente ciertos sectores para la inversión de capitales extranjeros, como son el de las empresas relacionadas con la defensa nacional, el dedicado a la información pública, el cinematográfico y el de servicios públicos, si bien en este último, como en Bélgica, se autoriza un cierto tanto por ciento de participación de capital extranjero.

El Decreto de 18 de abril de 1963 enumera la amplia gama de actividades en que los capitales extranjeros pueden ser invertidos en los sectores industriales españoles sin limitación de porcentajes, y, al igual que en Bélgica, los reglamentos tienden a reducir el número de operaciones con autorización (74).

El empleo de la mano de obra extranjera, al igual que en Bélgica, queda sometida a que se conceda una autorización por la Administración (75).

También se necesitan licencias de importación para la aportación de mercancías como equipo-capital, tanto en uno como en otro país. Para la transferencia de ganancias, el régimen español y también el belga establecen su libertad sin limitación alguna respecto a los beneficios, dividendos e intereses percibidos por los inversores extranjeros, así como la venta de los derechos de suscripción; también pueden transferirse libremente los capitales invertidos, incluidas las plusvalías obtenidas al liquidar la inversión. Por último, las reinversiones son posibles (arts. 6 y 7 Decreto 27 julio 1959), así como los gastos corrientes y las cesiones de la empresa a extranjeros. Las excepciones se fijan respecto de los capitales invertidos con anterior-

pagos, en *Revista de Ciencias Económicas*, 46 (1957), pp. 79 ss.; CASES y MARTÍNEZ DEL RINCÓN, *El régimen de control de cambios*, en "*Las inversiones de capital extranjero en España*", I (Madrid, 1960), pp. 220 ss.; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de "clean hands"*, cit., pp. 197 ss.

(74) Sobre amplias referencias legislativas y doctrinales, cfr. JUSTE IRRIBARREN, *Las inversiones de capital extranjero en España*, Madrid, 1960; GARCÉS BRUSÉS, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1962 y "*El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*", en *Ponencias Españolas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Uppsala 6-13 agosto 1966. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona, 1966, pp. 293 ss.; FRAGUAS MASSIP, *Inversiones de capital extranjero*, en *Revista de Derecho Notarial*, 63 (1967), pp. 46 ss.; "*Inversiones extranjeras en España*", en *Revista Financiera del Banco de Vizcaya* (1969), pp. 24-28.

(75) Cfr. BORRAJO, *El trabajador extranjero en el derecho laboral de España*, en *Cuadernos de Política Social*, 38 (1958), pp. 7 ss.; ALONSO OLEA, *Los trabajadores extranjeros en España*, en "*Las inversiones de capital extranjero en España*", II (Madrid, 1960).

ridad a 1959, para los cuales se necesita autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera. En cuanto a la transferencia de beneficios, dividendos e intereses, así como el producto de la venta de derechos de suscripción, si los inversionistas residen en países que forman parte de la O. C. D. E., o con los cuales España tiene suscritos acuerdos bilaterales, puede hacerse libremente sin limitación alguna (75 bis).

En definitiva, puede decirse que los criterios seguidos por la reglamentación de control de cambios, tanto belga como española son paralelos, por no decir idénticos, y otro tanto puede decirse para las normas que tienden a favorecer la inversión de capitales privados extranjeros, asegurándose por ambos Estados el control y realidad de la inversión, pero dando las mayores facilidades para su movilidad y retorno.

Una ventaja presenta el régimen belga frente al español y es su mayor ductibilidad para presentarse como más liberal, a pesar de ser tan eficaz en su control como el español, al haber sustituido la mayor parte de los controles directos por los indirectos a través de los organismos agregados (76).

(75 bis) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por extranjeros*, 2.^a ed. Madrid, 1970.

(76) El sistema a base de autorizaciones generales para toda clase de operaciones, tanto por su naturaleza como por la causa que las origine, se inicia posteriormente, cfr. KERVYN DE LATENHOVE, *Les mécanismes monétaires belges*, en *Bulletin de l'Institut de Recherches Économiques et Sociales* (1956).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BULLINGER, Martín: "Offentliches Recht und Privatrecht". Stuttgart, Berlín, Köln, Mainz, 1968. W. Kohlhammer Verlag. Un volumen de 116 páginas.

En Alemania, según advierte el Profesor de Derecho público Bullinger, es a partir del siglo XVI, y durante los siglos XVII, XVIII y XIX, cuando los profesores universitarios, en sus disertaciones inaugurales comienzan a interesarse por la sistematización y distinción de los dos ámbitos de estudio: el Derecho público y el Derecho privado. En gran parte, predeterminada la cuestión por el movimiento político de las nuevas nacionalidades y Estados nacentes, en el ámbito jurídico adquirirá su plena madurez con el movimiento de Pandectas, al ser formulada con el mayor rigor científico y abstracto.

Han de ser los dos conflictos bélicos mundiales quienes de hecho han de romper el aislamiento institucional de ambas esferas y poner de manifiesto la necesaria intervención de la Administración del Estado en el ámbito de las relaciones personales privadas, en el político y sobre todo en el económico hasta llegar a dominar todo el conjunto de las relaciones sociales mediante un complejo aparato formal legislativo, pudiéndose volver a recordar por los iuspublicistas la máxima baconiana de "*ius privatum sub tutela iuris publici latet*".

Por su parte, los iusprivatistas (Ripert, Savatier) dan las voces de alarma vaticinando la crisis del Derecho civil al ver como se desgajaban instituciones y materias que por su carácter más evolucionado o por su contenido de mayor alteridad venían a mostrar la porosidad con los nuevos cauces sociales y una mayor trabazón con los fines comunitarios.

En España, la preocupación por llegar a un dislinde entre lo que constituyen las materias y ámbito de las relaciones de Derecho público y de Derecho privado, igualmente ha venido estando unida de una manera muy concreta a la praxis académica llevada a cabo fundamentalmente en el segundo ejercicio de las oposiciones a cátedras de Derecho civil y mercantil. También las publicaciones españolas de carácter monográfico lo han realizado específicamente al abordar el concepto de Derecho civil, sin que por su parte los iuspublicistas no dejen de tratarlo en su ámbito introductorio institucional, incluso para denunciar la falta de atención por los civilistas de la imperante "publicación" mostrando una actitud de recogimiento en su "hortus conclusus".

En la obra de Bullinger no se trata de volver a elaborar una teoría sobre el tema del Derecho público y del Derecho privado, sino más profundamente de plantearse la cuestión de si es aceptable, actualmente, la división del Derecho en dos partes ante un Estado de derecho y sociali-

zado. El radicalismo de la distinción Derecho público-Derecho privado va ligada para este ilustre profesor al formalismo jurídico del siglo XIX, por lo que carece ya de vigencia en la sociedad industrial de hoy día que tiene una base comunitaria estatal. De aquí que el autor pretenda realizar y desarrollar un Derecho común, no en el sentido tradicional que se le da al adjetivo (v. pág. 81), sino en cuanto supone un Derecho general de esencia comunitaria estatal, cuyos principios sean de utilización indiferenciada para todas las relaciones jurídicas, ya sean públicas o privadas.

En base a tal criterio, el autor dedica la primera parte de su obra a la exposición del sentido y funciones de la distinción en su aspecto histórico (pp. 13-74), mientras que en la segunda parte estudia el sentido y funciones de la distinción para el ordenamiento jurídico presente, desarrollando su punto de vista de un Derecho con base común para ambas esferas con especial referencia a las relaciones contractuales, a las negociales y condicionales, al modo de cooperación y organización de la responsabilidad, a los derechos subjetivos, al Derecho del trabajo, el procesal y el económico, así como el conflictual en sus esferas interna e internacional, relegando la distinción a su mera función pedagógica y del ámbito exclusivamente científico (pp. 75-116).

JOSÉ BONET CORREA

CRISTÓBAL-MONTES, A.: "La separación de los bienes hereditarios".
Caracas. 1970. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho.
Un volumen de 173 páginas.

El ilustre profesor de la Universidad Central de Venezuela, una vez más, con su sólida preparación y su magnífico entusiasmo por los estudios del Derecho sucesorio, nos ofrece una documentada monografía en torno a la separación de los bienes hereditarios.

En el Derecho civil venezolano, de corte latino y que ha asimilado las tradiciones europeas de la vieja civilización romana occidental, cuando ha de abordarse alguna de sus instituciones jurídico-privadas, la elección del método de estudio no puede ser menos que el histórico-dogmático y comparativo, por lo demás, tan en uso por la civilística contemporánea. De aquí que el profesor Cristóbal-Montes haya acudido a él y nos presente una línea de desarrollo sobre la materia de la separación de los bienes hereditarios en la que se estudian sus antecedentes históricos, a partir de Roma —deteniéndose con amplitud en su estudio—, para continuar la exposición de cómo viene tratada en los ordenamientos francés, italiano, alemán, austriaco y español, para concluir con un capítulo final dedicado al Derecho venezolano.

El civilista español habrá de contar con el estudio del profesor Cristóbal-Montes en cuanto a la separación de los bienes hereditarios, tanto por el análisis exhaustivo que hace de nuestra doctrina, como por sus

posiciones críticas y, también, por sus conclusiones. El autor cree que no cabe derivar conclusión alguna en pro de la existencia en el Derecho español del *beneficium separationis* a la manera que lo formulan los ordenamientos latinos modernos y, en sustancia, como lo formuló el Derecho romano; es decir, como un simple sistema de preferencias para el cobro a favor de los acreedores del causante y legatarios que lo invoquen.

El estudio que hace el autor del beneficio de separación de los bienes hereditarios en el Derecho venezolano (arts. 1.049 y siguientes del Código civil de 1942) nos descubrirá su parentesco con lo regulado por el Codice civile italiano de 1865, si bien con la idiosincrasia y los matices de aplicación de este gran pueblo venezolano.

En definitiva, un estudio perspicaz y logrado, en donde las finas dotes de jurista del autor han perurado una obra documentada y valiosa.

JOSÉ BONET CORREA

ESPIN, Diego: "Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos". Tercera edición revisada y ampliada. Madrid, 1970. Un volumen de XXXII + 659 págs.

Entre los manuales del Derecho civil español se va sintiendo la necesidad de su puesta al día. Por lo que a la parte de obligaciones y contratos se refiere esta labor ha sido llevada a cabo por el ilustre profesor Espín que por lo demás, era ya uno de los volúmenes más cuidados de su importante obra, al merecer el premio "Jerónimo González" (1957).

Este volumen tercero de las obligaciones y contratos sin olvidar su tono didáctico, se advierte el logrado esfuerzo de presentar coordinadamente el conjunto de las instituciones civiles, su clasificación bajo epígrafes, por lo que gana en comprensión para los que se inician y método para los juristas que lo consultan, sobre todo respecto a las nuevas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales.

Con especial atención viene estudiada la obligación natural, su concepto y precedentes, la naturaleza jurídica en torno al debate sobre su identificación con la obligación moral, su distinción con el débito y la responsabilidad, su posición en el ordenamiento español y en la jurisprudencia.

Para la distinción de las obligaciones, el profesor Espín las clasifica por su objeto (obligaciones divisibles e indivisibles, genéricas y específicas), por su prestación (prestaciones pecuniarias, prestaciones de intereses y pluralidad de prestaciones u obligación alternativa), por el sujeto (obligación mancomunada y obligación solidaria) y en atención a las fuentes (obligaciones legales, contractuales, los derivados de cuasi-contratos y de los hechos ilícitos, así como la declaración unilateral de voluntad).

Con especial cuidado se recogen las tendencias jurisprudenciales en materia de cumplimiento de las obligaciones (el pago y sus formas espe-

ciales) y de su extinción (novación, compensación, confusión, remisión o condonación, así como la imposibilidad de la prestación). Con igual esmero se trata la materia del incumplimiento de las obligaciones, en sus figuras no imputables como el caso fortuito y la fuerza mayor, así como lo referente al incumplimiento imputable, el dolo, la culpa, el cumplimiento defectuoso, la mora y el caso de responsabilidad por incumplimiento.

La transmisión de las obligaciones viene considerada con especial relieve en cuanto al Derecho comparado y particularmente a las doctrinas alemanas y las modalidades que fueron apareciendo en cuanto a la transmisión del crédito (cesión y subrogación por el pago), a la sucesión de la deuda y la cesión del contrato.

Dentro de la protección de las obligaciones se comprenden los medios de garantía (cláusula penal, arras y derecho de retención), los medios de conservación (acción subrogatoria, la acción directa y la acción revocatoria o pauliana). Se concluye con los medios de ejecución (el beneficio de quita y espera y el concurso de acreedores).

Especial consideración tiene la parte que recoge las últimas aportaciones de la doctrina y jurisprudencia españolas, así como de la francesa e italiana, en materia de las fuentes de las obligaciones, respecto al contrato y cuasi contrato, el enriquecimiento injusto y la responsabilidad por acto ilícito (responsabilidad subjetiva y objetiva).

Por último, en el estudio de los contratos en particular se destacan las referencias a la legislación especial vigente en materia del contrato de compraventa a plazos de bienes muebles y de los contratos de arrendamientos urbanos.

En definitiva, estamos ante uno de los pocos manuales del Derecho civil español puestos al día en la doctrina y jurisprudencia, por lo que el ilustre profesor Espín ha realizado una contribución y una labor muy encomiables.

JOSÉ BONET CORREA

GUIMERA PERAZA, Marcos: "Tres estudios sobre aguas Canarias". Un volumen. Aula de Cultura. Santa Cruz de Tenerife, 1970.

En este libro nos ofrece Guimerá Peraza tres brillantes estudios relativos a distintos aspectos jurídicos de las aguas privadas en Canarias, que el autor ha publicado, según confiesa en la introducción del mismo, con el propósito de refutar las tesis que sobre estas materias sostiene el Profesor Nieto García.

En el primero de dichos estudios, sobre "El Derecho Civil y las Aguas de Canarias (El subsuelo y las aguas subterráneas)", partiendo del criterio recogido en el artículo 350 del Código civil de que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, confirmado en el 592 de dicho Cuerpo legal al permitir al propietario del terreno cortar por sí mismo las raíces de los árboles plantados en predios

ajenos en cuanto se introdujeran en su predio, concluye Guimerá que el dominio del subsuelo corresponde al propietario del suelo, con las salvedades que el propio artículo 350 del Código Civil señala y que no contradicen el principio “*cujus est solum ejus est ad coelum usque ad centrum*”, principio que en su aplicación a las aguas ve corroborado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 julio 1907 y más concretamente en cuanto a las aguas canarias en la de 28 octubre 1958 (aunque en esta última se trataba de una demanda de retracto de comuneros y el Tribunal Supremo entendió que no había lugar al mismo entre los propietarios —distintos— del suelo y del subsuelo, no obstante en todas las instancias se parte de la realidad del dominio del suelo y del subsuelo —en este caso separados— sin contradicción alguna).

Si el dueño del suelo lo es del subsuelo, podrá disponer de este último en favor de otra persona. El “derecho de subsuelo” surge en la práctica canaria:

a) A través de la venta de dicho subsuelo como si de verdadera finca se tratara, previa segregación, reservándose el vendedor el dominio del suelo; o bien enajenando el suelo y reservándose el subsuelo también con segregación previa. En ambos casos se inscribe este derecho en el Registro de la Propiedad.

b) Por medio de la concesión por el propietario del suelo a favor del que ha de aprovechar el subsuelo, de una licencia para dicha finalidad, bien sea gratuitamente o mediante contraprestación, licencia que tiene por base en estos casos, y según nos explica el autor, la doctrina contenida en los artículos 417 y 414 del Código civil. En estos supuestos carece de acceso al Registro de la Propiedad.

c) Y en fin otras veces se configura este derecho como “servidumbre de subsuelo”. El propio Guimerá la ha calificado como “servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo tierra”, que también se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Respecto a las aguas privadas subterráneas, considera básicos los artículos 414 y 417 del Código civil, que exigen la licencia del dueño del suelo para investigar o aprovechar aguas subterráneas en propiedad privada.

No obstante, a partir de la Orden de 27 de noviembre de 1942 hay normas específicas para Canarias que imponen autorización previa gubernativa (hoy de las Comisarias de Aguas) para alumbramiento de aguas subterráneas en terrenos particulares. El autor destaca la Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre auxilios a las obras hidráulicas en Canarias que en su artículo 2.º crea una nueva figura: la reserva de caudales de aguas subterráneas por el Estado, pero disponiendo que tal reserva se llevará a cabo con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar, de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, indemnización que reiteran y regulan los artículos 21 y siguientes del Reglamento de 14 de enero de 1965, el cual, además, en su artículo 1.º, 3, para el supuesto en que el solicitante no fuera propietario de los terrenos, exige que presente la debida autori-

zación de los dueños, y reitera tal exigencia en su artículo 13 para la transferencia de autorizaciones.

El Consejo de Estado en Dictamen de 16 de diciembre de 1965 se muestra favorable a la tesis que defiende Guimerá.

La normativa expuesta la justifica el autor en la última parte de su estudio y protesta que no se trata de una postura de reaccionarismo jurídico o económico, sino de respeto a las leyes vigentes, que además se hallan conformes en este punto con el principio de subsidiariedad de la intervención estatal respecto a la actividad de los particulares. Más que buscar la intervención del Estado —afirma— debe tenderse a fomentar y auxiliar la iniciativa privada.

* * *

El segundo estudio se titula "Pérez Serrano y la Ley de Aguas de 1956", y en él examina Guimerá los antecedentes de esta Ley, el problema de la naturaleza jurídica de los heredamientos y comunidades de aguas y el ámbito de la Ley de 1956.

Frente a la afirmación de Nieto García (según cita de Guimerá en página 69) de que "Las leyes se hacen por así decirlo en Madrid y por los madrileños y los resultados son a veces sencillamente grotescos..." y de que "...lo mismo puede decirse de la Ley de Heredamientos cuya sola lectura produce el convencimiento de que el legislador nunca supo lo que es un Heredamiento de aguas canario", demuestra Guimerá la fundamental intervención de las entidades canarias y de los juristas canarios o vinculados a Canarias (y entre éstos como muy destacado el profesor Pérez Serrano) en el proceso de elaboración de la ley de heredamientos, cuya Ley fue en todo caso de gran utilidad al resolver el principal problema que afectaba a dichos heredamientos, atribuyéndoles personalidad jurídica.

Examina Guimerá las principales posturas doctrinales que han explicado la naturaleza jurídica de los heredamientos y comunidades de aguas canarias: Tesis de la institución, Tesis de la comunidad, entre las que destaca la de la "comunidad social", de Pelayo Hore, la de Vallet (similitud con la sociedad en el momento de su constitución y hasta el alumbramiento, y comunidad después de éste), y la del propio Guimerá (que las configuraba en forma análoga a la propiedad horizontal: comunidad sobre la gruesa del caudal y sobre los elementos comunes de la explotación, y propiedad separada sobre cada una de las porciones de agua que privativamente pertenecen a los herederos o partícipes). Y tesis de la asociación civil de interés particular que en opinión de Guimerá es la acogida por la Ley de 1956.

Eso último es cierto. Pero quizá hubiera sido oportuno distinguir entre las agrupaciones ya existentes y las que se constituyan después de la Ley. Respecto de las primeras, "que ya vinieran establecidas y las que no adopten forma específica de organización se considerarán como asociaciones de interés particular de las definidas en el artículo 35,

número segundo, del Código Civil”, según determina el artículo 2.º, inciso segundo de la Ley de 1956. Pero respecto de las segundas, el inciso primero de este último artículo citado dispone que “Las agrupaciones que desde ahora se constituyan y quieran gozar de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho”, y entonces estas agrupaciones, o si se quiere, estas asociaciones de interés particular, creemos pueden adoptar la forma de Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada, dados los amplios términos del precepto citado de la Ley de 1956, en relación con el también amplio criterio de los artículos 3.º, párrafo 1.º, de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, y 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1953 sobre régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada.

Disentimos de Guimerá en cuanto a los Grupos Sindicales de Colonización. Estos Grupos no son de marcado carácter público, sino asociaciones privadas, de Derecho privado, aunque promovidas por la Organización Sindical (véanse mis estudios “Relaciones asociativas no societarias en la Agricultura española”, Murcia, 1966, y “Personalidad jurídica de los Grupos Sindicales de Colonización”, Madrid, 1966), y creemos pueden ser vehículos idóneos para revestir jurídicamente a estas agrupaciones.

En cuanto al ámbito de la Ley, destaca Guimerá el gran interés que ésta ofrece al admitir en su disposición adicional 1.ª que el Gobierno extienda la aplicación de la misma a figuras jurídicas de tipo similar que hayan de desenvolver su actividad en cualquier otra parte del territorio nacional, siempre que se trate de agrupaciones en materia de aguas, estudiando el autor con brillantez las amplias posibilidades de dicha norma que podría ser de aplicación en su caso a otras regiones españolas.

* * *

Bajo la rúbrica “Las aguas canarias en el siglo XIX” nos ofrece Guimerá en el tercero y último de sus estudios un panorama histórico de estos heredamientos, que se extiende desde los primeros años de la incorporación de las Islas a la Corona de Castilla hasta nuestros días. Subraya el autor el carácter privado que siempre han tenido las aguas a que se refiere el estudio, y la nota característica que pronto alcanzaron de sustantivación del heredamiento respecto de las tierras a las que fertilizaban.

Las Comunidades de aguas modernas nacieron en el siglo XIX. También de estas Comunidades nos ofrece el autor un esquema histórico no menos sugestivo que el anterior. Al igual que en los heredamientos tradicionales, también en estas Comunidades las aguas son privadas e independientes de las tierras, por lo cual se distinguen de las Comunidades de regantes, pero a diferencia de los heredamientos tradicionales el agua no está alumbrada al constituirse, y es subterránea.

Las Comunidades de Regantes son examinadas por el autor para criticar la tesis expansiva de esta figura jurídica pública que no en-

cuadra debidamente en el marco jurídico de las aguas canarias fundamentalmente privadas. Desde este punto el libro adquiere un elevado tono polémico encaminado principalmente a refutar las afirmaciones de Nieto García contrarias a la construcción privatística de los heredamientos y comunidades y a aclarar la que el autor considera como una confusión terminológica del profesor Nieto entre los heredamientos tradicionales y las comunidades modernas, y entre las comunidades de regantes y los heredamientos.

* * *

En definitiva, es éste de Guimerá Peraza un libro sugestivo e interesantísimo, de esos que, además, se leen sin cansancio desde el principio al final. Un libro escrito por un destacado jurista que es sin duda una autoridad en materia que, como las de las aguas canarias, viene estudiando y viviendo en la práctica durante muchos años de ejercicio de su profesión de Notario en las Islas Canarias.

Pero además las consideraciones polémicas del autor trascienden del problema de las aguas, para alcanzar al de la pretendida antítesis entre lo público y lo privado con proyecciones a otras materias, especialmente a la propiedad privada, lo que las hacen dignas de una especial meditación.

Todo aquel que se interese por la problemática jurídica de las aguas canarias habrá de encontrar en el libro de Guimerá una especial satisfacción.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
Doctor en Derecho
Notario de Madrid

JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo Jesús: "El cheque garantizado". Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense. Serie: Derecho. Núm. 6. Año 1970. 96 páginas.

Una excelente monografía, avalada por el hecho de tratarse de una aportación a los estudios de Derecho cambiario, rama de cuya dificultad es ya tópico hablar, y que no suscita en los especialistas la atención que merece.

El tema es totalmente inédito, ya que estudia la regulación de una figura especial de cheque, introducido recientemente en la práctica bancaria española: el cheque garantizado.

Parte el autor para la elaboración del trabajo de una determinación de la base normativa del tipo en estudio, encontrándola dentro de las condiciones generales de la contratación, en concreto de lo que Garrigues llama "usos bancarios", advirtiéndonos del valor que se debe dar a estas condiciones, así como del hecho que, al ser una sola entidad bancaria la que utiliza en España esta modalidad de cheque, las conclusiones no se deben

generalizar en modo excesivo. Es este uno de los puntos más notables, a mi opinión, de la investigación efectuada: el poner al jurista interesado en el tema de contacto con una viva realidad, sin perder en absoluto el rigor dogmático. Libro, pues, para prácticos y teóricos, que es quizá una de las mayores alabanzas que se pueden tributar a un libro jurídico, dado el actual estado de saturación de esfuerzos "constructivos".

Llega el Profesor Jiménez Sánchez a la definición de la variedad del cheque que es el denominado "garantizado", a través del análisis de la progresiva inadaptación del viejo "mandato de pago llamado cheque" para cumplir funciones crediticias y servir de medio de pago a desconocidos, inadaptación que se ha intentado subsanar, siempre en el intento de proteger el buen fin en el cheque, con diversas medidas: posibilidad de aceptación y de aval, la introducción de las órdenes de pago libradas por un Banco sobre el mismo o sus corresponsales y de los "traveller's checks", la certificación, visado o conformación... Pues bien, en este camino de "aseguramiento" del cheque, se nos presenta la modalidad llamada "garantizada", como aquella en la cual hay una permanencia, o al menos una vocación de permanencia o afección de la provisión de fondos (bien entendida como cuenta especial, bien como obligación del Banco), al pago de determinados cheques de un especial talonario, que será siempre atendidos por la entidad bancaria, si no exceden de determinada cantidad. Obsérvese que, en este supuesto, la declaración del Banco para atender el pago del cheque garantizado se produce de modo general, como cláusula inserta en cada uno de los impresos contenidos en ese talonario especial a que nos referimos; no ha de obtenerse caso por caso como en las hipótesis de certificación, confirmación o visado.

Así definido el cheque garantizado, y tras de analizar los problemas que suscita su función económica, sobre todo en relación con las de la letra de cambio y el papel moneda, entra el autor en el estudio del régimen jurídico.

No podemos ocuparnos, dados los límites forzosamente reducidos de esta reseña, sino de la enumeración de los puntos que a este respecto son tratados en el libro exhaustivamente, y siempre con generosa referencia a la teoría del cheque en general; así, son allí estudiados los problemas de la forma del cheque garantizado, así como la provisión de fondos, con particular referencia a la cuenta corriente especial de cheques garantizados, configurada como indisponible de modo relativo o afecta tan sólo al pago de los citados cheques; se indagan las cuestiones que suscitan las relaciones entre librador y el librado, con particular referencia a la revocabilidad de la orden de pago, la pérdida o sustracción del título, su libramiento por importe superior a la cifra de "garantía", y la presentación al Banco tras la expiración del plazo de vigencia de ésta, construyéndose asimismo el régimen de las relaciones entre librador y tomador y tenedor y librado garante, especificándose cuál es el contenido de la obligación asumida por el librado en virtud de la "garantía".

Concluye el trabajo con la afirmación de la conveniencia de regular legalmente la figura del cheque garantizado.

Está dedicado este importante estudio al que fue maestro del Profesor Jiménez Sánchez en las aulas de la Universidad de Bolonia, aquel grande y original jurista que fue Walter Bigiavi.

ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

LEGUINA VILLA, Jesús: "La Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español". Editorial Tecnos, S. A. 1970.

Esta fundamental obra está precedida de un prólogo de Eduardo García de Enterría, del que se sirve para destacar de una manera recia y segura, el abandono, no legislativo, si no operativo, en que durante mucho tiempo ha estado sumido el derecho de daños, y del que trabajosamente se va saliendo, en parte impulsado por el avance técnico, político y social, que supuso la formulación del principio de la responsabilidad de la Administración, hecho por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que debe llevar a la anulación de la patológica separación de la ciencia jurídica y la aplicación real del Derecho —inexistente prácticamente en este aspecto de la responsabilidad pública—, en claro divorcio con la normativa vigente, remarcando así la separación entre teoría y práctica.

Como expresa el autor en la Introducción, se ha superado la figura de la vieja Administración Pública liberal y claramente sustituida con ventaja por una vigorosa e intervencionista Administración que ha motivado profundas modificaciones en el ámbito de la responsabilidad civil, marcada por un criterio objetivo del riesgo, del que es un ejemplo el ordenamiento italiano, como lo son igualmente los ordenamientos español y francés.

Para ello hace un exhaustivo estudio del artículo 28 de la Constitución italiana de 1948, en cuanto contiene la responsabilidad de los funcionarios y agentes del Estado, y otros entes públicos y la responsabilidad civil del Estado, comenzando con un análisis de la situación jurídica previa a la publicación de la Constitución y los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente.

Presenta entre otras cuestiones de la doctrina italiana, la que concierne a la calificación del título en cuya virtud está obligada la Administración a responder de los daños originados por sus funcionarios, ofreciendo muy extensamente las opiniones de los que entienden que la responsabilidad es siempre directa, la de Alessi que distingue la responsabilidad directa de los funcionarios o titulares de los órganos, y la indirecta de los agentes públicos no funcionarios, y la de Casetta que estima que la responsabilidad extracontractual del ente público por los hechos ilícitos de sus funcionarios es siempre una responsabilidad indirecta, no pudiendo tener jamás otro carácter. En las conclusiones críticas que plasma el señor Leguina, afirma que la doctrina italiana es tributaria de una concepción orgánica que si bien cumplió un papel histórico para acabar con la irresponsabilidad del Estado, ha perdido su validez en los

tiempos actuales, ya que es claro que la actividad del hombre no es el único medio idóneo para lograr la imputación subjetiva de los efectos jurídicos, siendo la doctrina moderna tendente a considerar insensible al hecho de que haya habido una efectiva realización de actividad.

El Derecho francés representa en este aspecto un acabamiento de la distinción entre responsabilidad directa o por hecho propio, y responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, siendo en ella de especial relieve el sujeto pasivo del daño merecedor de reparación.

Respecto del Derecho español, pone de relieve cómo durante muchos lustros la interpretación restrictiva del Código Civil, había producido prácticamente la irresponsabilidad de la Administración Pública.

La Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, en su artículo 121, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, han sido fundamentales en la fijación de la responsabilidad civil de los entes públicos, siendo la razón legal la de garantizar al particular que haya estado en contacto con la esfera administrativa, el resarcimiento de los daños que haya sufrido por la actividad de dicha Administración, sin necesidad de que medie relación contractual alguna, siendo por tanto inoperante que la responsabilidad se califique de directa o indirecta, bastando, por tanto, la existencia de un sujeto dañado.

Dentro asimismo del Derecho italiano, examina el fundamento y naturaleza de la responsabilidad de la Administración Pública a la luz de la norma constitucional, planteándolo en la doble vertiente de si presupone la existencia de un comportamiento culpable del ente, o no; afirma que en el primer caso el fundamento de la responsabilidad sería la realización de un ilícito subjetivamente culposo, mientras que en el otro sistema su fundamento descansaría en la comisión de un ilícito objetivo, simplemente. Para ello hace un perfecto y exhaustivo estudio de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad objetiva, tanto en la doctrina como en los textos legales, contemplando asimismo las cuestiones a través de las decisiones jurisprudenciales.

Si en el ámbito de la responsabilidad culposa estudia profundamente la noción de culpa en sentido amplio, el comportamiento culposo de la Administración, el del funcionario, y los daños directos o indirectos, dentro de la responsabilidad objetiva, hace también un meditado estudio de la doctrina y normativa italiana, analizando la posición del sujeto dañado, la función que representa la propia responsabilidad civil, la injusticia del daño, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo, para lo que realiza un cuidadoso tratamiento de la antijuricidad.

Materia también trascendente es aquella que se extiende sobre los criterios para proceder a la imputación del hecho dañoso en el Derecho italiano, ofreciendo una visión total de la culpa y del riesgo.

Dadas las singulares características de los regímenes italiano, francés y español, estudia el problema de la responsabilidad en estos dos últimos países, y respecto de Francia, concluye afirmando que a pesar de ciertas apariencias de índole terminológica, los entes públicos están obligados al

resarcimiento de los daños causados por el ejercicio de su actividad jurídico-material, con independencia de la existencia o no de culpa, en el comportamiento de un funcionario.

Con relación a nuestra Patria, califica la situación de la Administración Pública anterior a la Ley de Expropiación Forzosa, como de privilegio del poder público y de absoluta indefensión de los administrados. Hace historia del proceso, para lo que estudia los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, y afirma ciertamente cómo la responsabilidad del Estado tenía lugar solamente cuando los daños eran causados por la extraña, y en la práctica casi nunca existente, figura del "agente especial", anotando sin embargo la postura en contra adoptada por García de Enterría, y en cierto modo por Fernández de Velasco, que para el autor del trabajo, si bien puede aceptarse como formalmente válida, cree que escapa de la "mens legis", dado que en la época de publicación del Código la teoría orgánica no tenía ámbito doctrinal y, por otra parte, se mantenía la tesis de la incompatibilidad de la soberanía con cualquier forma de responsabilidad, que era atribuible, por tanto, a los propios funcionarios. Estudia la Ley de 5 de abril de 1904, reguladora de la responsabilidad civil de los funcionarios, y dice que su articulado cercenaba grandemente las posibilidades resarcitorias de los particulares dañados, y vuelve a manifestar que el cambio fundamental se produce con la Ley de Expropiación Forzosa, poniendo de relieve que pueden ser atisbos de un cambio de postura legislativa el artículo 41 de la Constitución Republicana, la Ley Municipal de 1935, y la Ley de Régimen Local de 1950. Hace una justa glosa de la Exposición de Motivos de la citada Ley de Expropiación Forzosa, y un acabado análisis de los artículos 121 y 122 de ella, así como de los artículos 40 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y expresando que en el ordenamiento español la culpa del funcionario tiene valor solamente en cuanto criterio de imputación de un hecho dañoso, para engendrar su propia responsabilidad, y que por tanto, la obligación de resarcimiento de la Administración es concebida por el Derecho español como responsabilidad objetiva.

Vuelve otra vez el autor a adentrarse en el Derecho italiano para estudiar en él la responsabilidad objetiva, dando una interpretación personal al artículo 28 de la Constitución italiana.

Finaliza el trabajo con el problema relativo a la fijación de los límites dentro de los que un hecho dañoso causado por vía material por un funcionario, es imputable al ente público del que forma parte, para lo que estudia los hechos dañosos imputables solamente a la Administración por no ser identificable el agente físico causante del daño; los hechos dañosos imputables conjunta y simultáneamente a la Administración y a la persona física del agente, y, por último, hechos dañosos imputables solamente al funcionario.

Termina afirmando que el artículo 28 de la Constitución italiana permite la interpretación de que el que ha sido lesionado injustamente por la actividad administrativa, pueda plantear su acción resarcitoria directamente contra el ente público, para declararse su responsabilidad por el

órgano judicial, con independencia de la eventual y simultánea responsabilidad de un funcionario.

Como apéndice a la obra de referencia, se incluye, también del propio autor, un interesante estudio acerca del concepto de causalidad jurídica que lleva por título *Función arbitral en materia de prensa y responsabilidad civil de la Administración*. Lo motiva una sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en pleito promovido por un particular contra el Ministerio de Información y Turismo. Hace historia del proceso y desarrollo de la responsabilidad de la Administración por daños causados con su actividad, en los términos que ya se contienen en el cuerpo de la obra reseñada. Manifiesta cómo a pesar de las disposiciones legales, rotundas en este sentido, los tribunales se mostraban reacios a romper moldes, actuando bajo el peso de una tradición exoneratoria citando y explicando diversas sentencias que por variadas razones no aceptaron la responsabilidad de la Administración, y sobre el fallo indicado, desarrolla la doctrina de la causalidad jurídica con gran extensión, aunque no se muestra conforme con el mismo, siendo su particular opinión que en aquél específico caso debió tener lugar el instituto resarcitorio.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO
Magistrado

LEONIS GONZALEZ, J.: "La aeronave ante el derecho real de hipoteca". Madrid, 1970. Un volumen de 189 páginas.

El estudio que contiene esta obra sobre la hipoteca de la aeronave es ágil, claro y amplio en su parte de derecho comparado, además de poseer un gran sentido crítico en las materias tratadas. Resulta, pues, una notable contribución a la no muy abundante literatura jurídica española sobre el Derecho aéreo.

El tema de estudio de la obra está dividido en dos partes bien definidas: una primera, de introducción con la necesaria referencia al conocimiento de lo que es una aeronave, y, una segunda, o materia fundamental, la correspondiente a la hipoteca aérea.

Respecto a la primera parte, su intención más cualificada es llegar a tener un concepto de la aeronave, punto de partida necesario para concretar su naturaleza jurídica. El autor, pues, muestra los dos puntos de vista posibles para obtener su conocimiento: el punto de vista técnico y el jurídico.

En cuanto al punto de vista técnico nos ofrece un despliegue de derecho comparado sobre los criterios enumerativos, descriptivos, mixtos y finalistas. Es desde el punto de vista jurídico de donde el autor cree puede caracterizarse un concepto de aeronave sin caer en una definición técnica que, por su constante variabilidad en función del avance de la construcción aeronáutica resulte enseguida anticuada. Es aquí donde el autor emprende una labor de análisis y aportación original, al entender que

para penetrar en la naturaleza de una aeronave debe ser superada la tradicional distinción entre cosas muebles e inmuebles, debido a que no puede clasificarse como una de ellas, ya que, en cuanto objeto, por su fuerte sentido jurídico, derivado de su alto coeficiente económico y de su utilidad, asciende a la categoría superior de "bien". Efectivamente, la categoría de los bienes va ensanchándose más y más en el ámbito jurídico ante las nuevas perspectivas de las relaciones económicas y sociales. Un bien con sus caracteres de ente autónomo y con un contenido económico, ya sea material o abstracto, movable e inmóvil, supera la vieja dicotomía y hace que para la práctica jurídica sea más exacto y útil distinguir entre "bienes registrables" y "no registrables", según propone el autor.

La consecuencia que resulta es que la aeronave es a todas luces un bien, y un bien registrable al poseer los requisitos necesarios (individualización, permanencia durable, localizable). De aquí que el autor proponga como definición del concepto jurídico de aeronave diciendo que es un bien singular de naturaleza compuesta, registrable y registrado que alcanza la plenitud de su esencia en el cumplimiento de su fin: la aeronavegación (pág. 28). Estas cualidades distinguen a la aeronave de otros artefactos, como el hovercraft y de los mismos objetos voladores como satélites artificiales, naves interplanetarias, siderales, astronaves, etc.

La segunda parte, correspondiente a la hipoteca aérea, es un estudio jurídico muy completo. Después de hacer ver el auge que ha tomado el crédito aeronáutico y la necesidad de garantizarlo adecuadamente, llega a la conclusión de cómo la aeronave puede ser y es susceptible de hipoteca. Echa en falta una unánime regulación internacional de la hipoteca aérea y pasa al examen concreto de las legislaciones nacionales continentales y anglosajonas, además de la legislación española.

De *lege ferenda* propugna como muy útil introducir la "hipoteca de flota aérea" y que se permita una hipoteca de las piezas de recambio por separado; también el que se posibilite la hipoteca de la aeronave en construcción, siempre que se crease un registro especial. En definitiva, superar la legislación actualmente dispersa mediante el establecimiento de un Código de Navegación marítima y aérea.

En este magnífico estudio, que concluye con una relación de las obras consultadas, sólo se echan de menos las publicaciones de estos últimos ocho años.

JOSÉ BONET CORREA

LUCAS FERNANDEZ, F.: "La contratación en España por extranjeros".
2.^a edición. Madrid, 1970. Editorial de Revista de Derecho Privado. Un volumen de XV + 447 págs.

En el corto período de un año se ha agotado la primera edición de esta magnífica obra. El éxito obtenido no era menos de esperar por la pericia y cualidades de este ilustre notario de Madrid, el doctor Lucas

Fernández, quien en su madura juventud ya cuenta con valiosas aportaciones a la civilística española:

La contratación en España por extranjeros es un tema complejo, tanto por la dispersión de las materias a que alcanzan los actos y negocios jurídicos de las personas extranjeras en territorio español o sobre bienes españoles, como por las cuestiones que plantea la situación de su persona, la identificación de su personalidad, de su capacidad jurídica, así como los problemas específicos que presenta el amplio y diverso ámbito de la contratación.

En esta nueva edición, el autor no ha variado el esquema expositivo de su obra anterior, si bien lo ha enriquecido con ciertos matices de gran interés y actualidad, como sucede en la "Introducción", al plantear las cuestiones fundamentales sobre el régimen jurídico de las inversiones de capitales extranjeros en España y el aspecto crítico que presentan (pp. 1 y ss.); al añadir un nuevo epígrafe sobre el estatuto de los gibraltareños (pp. 34 ss.); y, al precisar lo que se entiende por "residente" y "no residente" en la legalidad operativa del Instituto Español de Moneda Extranjera (pp. 41 ss.). También se introducen nuevas cuestiones, como sucede respecto a la sociedad extranjera con personalidad jurídica y con capacidad para otorgar negocios jurídicos, o en general para desarrollar una determinada actividad, que la lleva a cabo en España sin limitación, como en el caso de compras de fincas rústicas (pp. 125 ss.).

En el ámbito de los problema específicos de la contratación por extranjeros, el autor ha estado atento a aportar concreciones de interés, no sólo teóricas, sino prácticas al precisar distinciones como la de "moneda extranjera" y "divisa" en su sentido técnico o estricto, diferenciando las monedas de los títulos de crédito y documentos cambiarios (letras, cheques, pagarés, etc.).

La casuística también es ampliada, como sucede para el caso de la venta de inmuebles por residentes en el extranjero a favor de residentes en España (pp. 194 ss.), o para el arrendamiento de aeronaves (pp. 239 y ss) y sobre la determinación del criterio de referencia al cincuenta por ciento del capital desembolsado en cuanto a los préstamos otorgados a favor de extranjeros (pp. 260 ss.).

Otra de las atenciones prestadas a la mayor utilidad de la obra es la referente a las ampliaciones realizadas en la materia legislativa, así como su puesta al día, tal como se advierte para la promoción turística (páginas 229 ss.), para la navegación aérea (pp. 240 ss.), en materia de coproducciones cinematográficas (pp. 278 ss.), en cuanto a los delitos monetarios (pp. 321 ss.), sobre los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina (pp. 344 ss.), lo dispuesto para los extranjeros dedicados a espectáculos públicos (pp. 349 ss.) y en cuanto al régimen de transferencia al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros (pp. 373 ss.).

Por último, a la obra se le añaden las decisiones más últimas del Tribunal Supremo (pp. 65 y 421), así como las observaciones doctrinales de nuestra literatura jurídica. Finaliza con el índice alfabético, muy amplio,

que supone un valioso instrumento para un punto concreto de consulta. En definitiva, una obra que reúne un completo panorama de la materia, por lo que resulta una guía imprescindible en las cuestiones de la contratación en España por extranjeros.

JOSÉ BONET CORREA

SANTOS BRIZ (Jaime). Doctor en Derecho. Magistrado. "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal". Editorial Montecorvo. Madrid, 1970. 814 páginas.

En verdad, no es escasa la bibliografía sobre "responsabilidad civil", pero no es menos cierto que entre ella faltaba un tratado completo que recogiera los distintos aspectos que la materia presenta y abarcase tanto lo propiamente sustantivo como lo adjetivo o procesal, no por ello menos importante; este vacío viene a llenarlo la obra de Santos Briz.

Por eso, la primera novedad que encontramos, en cuanto a sistemática se refiere, es la de dividirse en tres partes: una primera, a modo de Parte General, en la que se estudia los elementos comunes a toda responsabilidad civil; una segunda parte, "Especial", en la que se consideran numerosos problemas principalmente relativos a la responsabilidad por hecho ajeno, al responsable y a la responsabilidad por riesgo; y la tercera, en la que bajo la rúbrica "Derecho procesal de la responsabilidad civil" se reúnen numerosas particularidades de ese orden, que presentan los litigios a que dan lugar la indemnización de daños derivada de actos ilícitos.

Ciertamente dicha estructuración no carece de antecedentes en el Derecho extranjero, si bien referida a esas dos partes del aspecto sustantivo de la materia; en Austria, el recientemente fallecido profesor Gschnitzer, en el tomo de su obra de Derecho civil, relativo al Derecho de obligaciones, divide la materia sobre la responsabilidad por actos ilícitos en una parte general y otra especial. Mas no es fácil encontrar antecedentes de esa conjunta exposición en cuanto al derecho sustantivo y al adjetivo; puede citarse la obra de Geigel, pero en muy limitada extensión recoge ciertas especialidades procesales del Derecho de la responsabilidad civil.

Adentrándonos en su contenido, se ha pretendido y logrado por el autor, desde un punto de vista práctico, para el profesional, remitirse principalmente a la legislación y jurisprudencia española, sin inútiles divagaciones; pero no por ello se halla exenta de interesantísimas exposiciones doctrinales de numerosas cuestiones que han sido desarrolladas conforme a las más modernas direcciones del Derecho comparado, y que, a nuestro modo de ver, aumenta aquel sentido práctico que caracteriza toda la obra. En este orden de cosas pueden citarse el estudio de la "Culpa en Derecho civil" y en especial la evidente ampliación o con mayor exactitud, inflación que de su concepto se experimenta hoy día; las doctrinas sobre la relación causal, sobre los daños y su reparación, etcétera. Otras cuestiones no recogidas en la legislación se han expuesto

con un afán innovador, si bien tratando de darles cabida en la normativa actual y, sobre todo, no desgajándolas del Derecho vigente. Así, por ejemplo, y como caso principal, el problema de la responsabilidad del fabricante frente a terceros en el Derecho moderno, cuestión planteada en las legislaciones más recientes y aunque no se haya llegado a una solución aceptable para todos los casos encontrará el lector la diversidad de propuestas hechas en este sentido y las últimas resoluciones jurisprudenciales de las naciones más adelantadas, adoptadas en esta materia, así como el bosquejo de una solución para nuestro derecho constituyente al respecto.

Merece especial mención el estudio sobre la responsabilidad por riesgo y en relación con ella el de la denominada responsabilidad objetiva, partiendo el autor de las doctrinas magistralmente expuestas por los juristas germánicos Karl Larenz y Josef Esser, de las que ya nos dio pruebas de su vasto conocimiento e introdujo —creemos por primera vez— en nuestra patria, a través de su obra “Derecho de daños”, y que ahora se amplían, teniendo en cuenta la evolución experimentada últimamente. La responsabilidad por riesgo en sus distintas modalidades y en sus complejos supuestos de conjunción con la culposa son tratadas en varios capítulos, predominando el tema más candente de nuestros días, cual es la derivada de accidentes de circulación vial. Igualmente son tratados otros temas de gran interés actual, como el de la responsabilidad derivada de la ruina de edificaciones (cuantas veces se llega a la declaración de ruina mediante una pasividad del propietario del edificio cuya culpabilidad si escapa de la esfera administrativa no lo debe ser de la civil), la surgida de tratamientos médicos defectuosos, la originada en las explotaciones de energía nuclear..., etc.

Ya indicábamos, constituía la tercera parte de este tratado, cuanto afecta a la normativa procesal de la responsabilidad civil, “Derecho procesal de la responsabilidad civil”, de gran complejidad en nuestra legislación y que natural es transcienda a la práctica profesional. Con acierto pone el autor de relieve los problemas resueltos por la interpretación jurisprudencial de nuestras leyes; se distingue la acción civil y la penal derivadas del mismo acto ilícito, y su ejercicio conjunto o separado sin apartarse de la subordinación de la civil a la penal; las particularidades del proceso civil de las que presenta el penal, sin dejar de resaltar las zonas de confluencia, haciendo especial referencia a las diligencias penales de las que deriva un título ejecutivo, base de acción civil, en supuestos de daños personales derivados de accidentes de circulación.

Por último, como modos extintivos de la responsabilidad civil, con importantes implicaciones en el orden procesal, tanto como en el sustantivo, se estudia la renuncia a las indemnizaciones derivadas de acto ilícito; materia de elevada trascendencia práctica que es tratada en sus aspectos fundamentales: civil, penal y procesal penal; para cerrar la obra un capítulo sobre la prescripción extintiva de las acciones que nacen de la responsabilidad civil y los muchos problemas que su aplicación plantea.

En definitiva, e insistiendo por estimar, merece hacerlo, dentro de

la abundante bibliografía sobre la materia, en la que encontramos aportaciones doctrinales sumamente trascendentes, muy sinceramente creemos que la obra comentada —tan sólo en alguna de sus características más especiales— es una valiosísima aportación al campo de la responsabilidad civil que por sus cualidades ha de proporcionar útiles servicios a los profesionales y estudiosos del derecho, en particular a los interesados en esta específica materia, de la que se derivan problemas que la vida actual nos los presenta cada día más abundantes y complejos.

MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO

Doctor en Derecho

Magistrado del Tribunal Supremo

SANZ JARQUE, J. J.: “Más allá de la reforma agraria”. Madrid, 1970. Ediciones y Publicaciones Españolas, S. A. Un volumen de 350 págs.

La cuestión de la reforma agraria en España siempre ha sido un tema político y lo sigue siendo. Basta asomarse a esta obra para que se confirme, si bien su materia central parta de una cuestión litigiosa privada y sirva al autor, en cuanto reconocido jurista y gran experto en la técnica de concentración parcelaria, para abordar las cuestiones teóricas de la propiedad de la tierra.

Por tanto, esta obra, después de una introducción, en la que se tratan una serie de presupuestos ideológicos acerca de la propiedad y de la empresa, la reforma agraria, la planificación, el desarrollo, el derecho agrario, la sociología y la sociología rural, se divide en dos partes bien diferenciadas: una sobre “la funcionalidad de la propiedad de la tierra” y, otra, sobre “la cuestión de Sástago”.

El autor explica la teoría de la funcionalidad de la tierra desde el punto de vista de la doctrina social de la Iglesia Católica, de acuerdo con los juristas españoles más representativos, al concebir la propiedad como un derecho subjetivo al que va ligado una función social, dirigida fundamentalmente, en cuanto al ejercicio de un derecho, no sólo a satisfacer los intereses privados, sino los públicos y, en general, al bien común.

La cuestión de Sástago, que tuvo su origen en un latifundio y en el litigio que su titular mantuvo, con una serie de detentadores y poseedores de diferente título, para el reconocimiento de su dominio, concluyó con la Sentencia del T. S. del 25 de junio de 1966, que venía a confirmar la titularidad dominical del latifundista, lo que planteaba un serio problema social para quienes en masa se veían desposeídos. A la resolución de este conflicto contribuyeron una serie de gestiones privadas y políticas y un estudio técnico de la comarca que ahora vemos analizado por el autor en su perspectiva sociológica, añadiéndose un reportaje gráfico y fotográfico.

La obra se concluye con una relación alfabética de autores citados.

SIMO SANTOJA, V. L.: “Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones”. Madrid, 1968. Editorial Tecnos. Un volumen de 694 páginas.

Los Notarios, antes que otros jurisperitos, han debido de enfrentarse con las nuevas circunstancias de las relaciones sociales actuales que, como consecuencia de la técnica del transporte, permiten al hombre ampliar su esfera de acción y desplazarse de un lugar a otro con una rapidez inusitada, cambiar de residencia, adquirir otro domicilio y, por tanto, entablar relaciones jurídicas fuera de su sede habitual.

Dado que cada persona, como nacional, tiene un estatuto jurídico propio del país a que pertenece, las cuestiones incidentales que surgen son inmediatas para el que ha de constatar, como el Notario, los actos o negocios que lleven a cabo las partes de diferente nacionalidad. Surgen, pues, problemas de capacidad e incapacidad jurídica y de obrar de la persona física, o jurídica y problemas de calificación en la forma y en la sustancia dentro de los derechos sucesorios y en el de la familia. Problemas de reenvío, de orden público, con los pactos de reciprocidad, cuando hay fraude a la ley, en fin, en una serie de cuestiones conflictivas entre los ordenamientos de la persona extraña a una comunidad nacional que actúa dentro de otra con leyes y principios diferentes.

El autor de esta obra, con la experiencia de su docencia universitaria y su quehacer notarial, aborda la materia de sucesiones con método y rigor científico al no bastarle quedarse en la exposición de las normas conflictivas de nuestro Derecho privado internacional, sino al recurrir al empleo de la comparación de los ordenamientos jurídicos extranjeros de aquellos países que con más frecuencia sus súbditos operan en España.

De aquí que su estudio en materia de derecho sucesorio aporte dos partes bien definidas: una, en que se aborda la problemática de los conflictos de leyes en materia de sucesiones y, otra, en apéndice, que contiene las normas de colisión y de derecho material sucesorio de los distintos ordenamientos europeos y americanos.

Como muy bien estima el autor, el método comparado aporta al Derecho internacional privado la necesidad de una colaboración internacional en cuestiones de Derecho privado, ante un panorama que carece de criterios unitarios, pues, si bien el primero se limita a comparar los derechos, el segundo decide cuál es el derecho aplicable.

El autor, después de presentar una evolución histórica sobre las posiciones doctrinales en materia de conflictos de leyes, analiza los principios y excepciones a la aplicación de las leyes extranjeras, como el reenvío, el principio de mayor proximidad, las calificaciones, el orden público, el fraude a la ley y otras excepciones. En cuanto a la conexión y el ámbito del estatuto sucesorio, además del sistema español se toman en cuenta los sistemas de conexión en derecho comparado en la sucesión testada e intestada, la contractual y las liberalidades “inter vivos”, para concluir con los problemas procesales y fiscales.

En definitiva, una obra que por su estudio y realización viene a contribuir valiosa y prácticamente al campo del Derecho internacional privado, haciéndose imprescindible cuando se trate de abordar sus cuestiones y el manejo de textos legales nacionales y extranjeros en esta materia.

J. B. C.

REVISTAS

A cargo de
BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo
MORALES MORENO, Antonio Manuel
SOLIS VILLA, Ignacio

I. DERECHO CIVIL.

1. Parte general.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Sociología del Derecho y sociologismo jurídico*. RDP, noviembre 1970; págs. 939 a 948.

Se inicia el trabajo con el estudio de otras opiniones, tras las cuales el autor hace unas consideraciones críticas y expone su propio pensamiento

«Sería vano empeño, advierte, oponerse a la sociología del Derecho como disciplina diferenciada... Mas tampoco parece acertado el criterio de admitir la sociología del Derecho como disciplina autónoma... Un sociologismo no alentado desde la sociología del Derecho carecería de la más fecunda fuente de inspiración. Una sociología del Derecho que no piense en su proyección en las actividades jurídicas... antepondrá la problemática sociológica a la jurídica». Y agrega: «El sociologismo jurídico no consiste en desentenderse de las normas, sino en inquirir la génesis y las concomitancias económico-sociales como explicación de los contenidos normativos y de los fines...»

STOLL, Hans: *La evolución del Derecho privado alemán en el año 1969*. RDP, diciembre 1970; págs. 1021 a 1039.

Referencia a los hechos más significativos en la evolución del Derecho privado alemán durante el año 1969, que contiene los siguientes aspectos: Leyes y proyectos de ley, congresos, literatura jurídica y jurisprudencia de los más altos tribunales.

De la forma legislativa quizá sea lo más destacable, la ley de 19 de agosto de 1969, que ha supuesto una aproximación del trato jurídico del hijo no matrimonial, al legítimo.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La esencia y principios del Derecho civil foral*. RJC —núm. ext. en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 367-383.

Partiendo de una contraposición entre los derechos forales y el Código civil, como expresión de una concepción tradicional y realista del Derecho, los primeros, y de una concepción racionalista el segundo, el autor expone

los principios fundamentales que informan a aquéllos: equilibrio de sus fuentes y sus modos de captación y expresión; sentido realista de un Derecho elaborado sobre el terreno y prácticamente vivido; ser un derecho elaborado por el pueblo —o por juristas en íntimo contacto con él— y para el pueblo; libertad civil de un pueblo que la vive y la practica; íntima unión y arraigo de una familia, monárquicamente organizada, a la cosa productiva.

2. Derecho de la persona.

BADOSA COLL, Fernando: *La intercesión de la mujer casada catalana*. RJC —núm. 3 de 1970—; págs. 7-57.

Este trabajo es un examen del ámbito y significación del artículo 322 de la Compilación. En él se estudia en sucesivos apartados el concepto y clases de intercesión, la nulidad y validez de la intercesión de la mujer casada catalana en favor del marido, y la vinculación conjunta de marido y mujer frente a tercero como forma de intercesión entre cónyuges.

DÍEZ PICAZO, Luis: *Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento*. RCDI, XLVI, núm. 480, septiembre-octubre 1970; págs 1117 a 1145.

El trabajo parte del artículo 1.710 C. c., según el cual el mandato expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra; este precepto queda contrastado del parágrafo 167 BGB y del artículo 1.392 C. c. italiano. Se analiza la exigencia de forma del negocio de apoderamiento según el artículo 1.280, 5 del C. c., y las consecuencias del defecto de forma, consecuencias que se matizan según el objeto sobre el que haya versado el acto representativo (realización de un negocio, acto que perjudique a tercero). La inscripción de poder, y en especial del poder mercantil, el apoderamiento tácito, el apoderamiento presunto, los vicios de la voluntad en el negocio de concesión del poder, son otras materias analizadas en el artículo.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, FRANCISCO: *Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido*. RJC —número extraordinario en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 77-93.

Discurso de recepción del autor en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona. Se estudia el fundamento de las limitaciones impuestas a la mujer casada en los artículos 321 y 322 de la Compilación, sus requisitos, las obligaciones asumidas conjuntamente por el marido y por la mujer y la aplicabilidad del artículo 322 a las obligaciones mercantiles. En este último tema, Fernández de Villavicencio, se pronuncia a favor de la aplicación general del artículo 322, a toda obligación.

LATORRE, Angel: *Algunas observaciones sobre los artículos 321 y 322 de la Compilación. RJC* —núm. extraordinario en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 115-135.

El autor considera totalmente inadecuadas a los tiempos actuales las limitaciones impuestas por dichos artículos a la capacidad de la mujer. Por ello se propone en este trabajo limitar en lo posible el concepto de intercesión y ampliar en cuanto se pueda las excepciones que esos mismos artículos establecen para la prohibición. Sin embargo, como el mismo Latorre reconoce, el resultado es mínimo, ya que la tajante redacción del artículo 322, junto con el respeto debido al texto legal, hacen casi inútil la labor del intérprete en el sentido señalado.

PERÉ Y RALUY, José: *La prueba de la vecindad civil. RJC* —núm. extr. en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 159-173.

Los asientos del Registro Civil no suelen reflejar de modo directo la vecindad civil de las personas, defecto que se acentúa si se tiene en cuenta que dicha vecindad civil se puede modificar de modo automático, por la simple residencia prolongada en territorio distinto del correspondiente a la propia vecindad. Esto plantea graves problemas en torno a la prueba del mencionado estado civil. El autor estudia los distintos medios de prueba o las presunciones utilizables para acreditar el estado de vecindad o los hechos determinantes de su adquisición o modificación.

PINTO RUIZ, José: *Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña. RJC* —núm. extr. en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 175-251.

El autor sistematiza los diversos casos en los que se ha podido observar en la práctica jurídica catalana que el marido pone bienes a nombre de su mujer (con mayor o menor correspondencia con la realidad) y estudia las consecuencias jurídicas derivadas de ello, especialmente con respecto a los titulares de derechos sucesorios frente al marido y con respecto a los acreedores del mismo.

POLO DÍEZ, Antonio: *La norma que prohíbe la fianza e intercesión de la mujer casada catalana en favor de su marido no es aplicable a las obligaciones mercantiles. RJC* —núm. extr. en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 95-103.

Discurso de Contestación pronunciado por su autor en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona con ocasión del ingreso del Académico Dr. Fernández de Villavicencio. En él se rebaten los argumentos que la doctrina alega para extender el artículo 322 de la Compilación al campo de las obligaciones mercantiles.

RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, Rafael: *Las competiciones ciclistas ante el Derecho*. RGLJ, abril 1970; págs. 497-600; mayo 1970; págs. 696-745.

Tomando como punto de partida un caso sucedido en nuestro país, se estudian los principios básicos que informan al Código de la Circulación, y la problemática que plantea su aplicación a los accidentes ocurridos con ocasión de una competición deportiva autorizada o en otras circunstancias análogas.

SOTO NIETO, Francisco: *Conjunción de responsabilidad contractual yaquiliana. Problemática frente al sistema objetivista incorporado a la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a motor*. PRETOR, enero-febrero 1970; páginas 7-51.

Se estudia la relevancia que tiene la delimitación de la culpa contractual frente a la extracontractual, las notas diferenciales en los efectos jurídicos de uno y otro tipo de culpa, y los supuestos de conjunción de los mismos. Un último apartado atiende a los daños personales y materiales nacidos de accidente automovilístico.

SOTO NIETO, Francisco: *La titularidad del fiduciario en la fiducia «cum creditore»*. RJC —núm. 3 de 1970—; págs. 58-78.

Este trabajo comprende el estudio del concepto y esencia del negocio fiduciario, la teoría del doble efecto, la unicidad del negocio con transmisión de una propiedad limitada al fiduciario, las diferencias entre el negocio fiduciario y en negocio simulado, y los efectos normales y anormales del negocio fiduciario.

3. Derechos reales.

CARRESI, Franco: *Aspetti privatistici del sepolcro*. RDDC, mayo-junio 1970; páginas 270-281.

Prescindiendo de la normativa penal o administrativa, el autor estudia algunos aspectos del régimen jurídico-privado de las sepulturas, deteniéndose especialmente en las colectivas, sean o no familiares; también se señalan las diferencias existentes, según radiquen en cementerios públicos o en terrenos de propiedad privada.

FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, Mariano: *Servidumbre de luces y construcción con materiales traslúcidos*. RDP, noviembre 1970; págs. 949 a 956.

Se sostienen las siguientes conclusiones: «En principio las construcciones indicadas son fuente únicamente de relaciones de vecindad», no originan por

sí servidumbre de luces. El artículo 581 se aplica con carácter analógico. Los actos del propietario del predio contiguo pueden incidir en la sanción de la doctrina del *abuso del derecho*.

REVIRIEGO GUZMÁN, Felipe: *Límites del Derecho de plantación*. RGLJ, junio 1970; págs. 831-845.

Las relaciones de vecindad imponen determinadas limitaciones a la facultad de plantar árboles o arbustos. La normativa del Código Civil está parcialmente modificada en este punto por el Decreto de 19 de octubre de 1967, que establece, respecto de determinadas especies forestales, distancias mínimas distintas de las previstas en el artículo 591 del Código.

SALVESTRONI, Umberto: *Falso testamento e sospensione dell'usucapione di beni ereditati*. RDDC, mayo-junio 1970; págs. 214-236.

Se defiende, con referencia al Derecho italiano, la posibilidad de aplicar la figura de la suspensión, a la usucapión de bienes hereditarios por parte del heredero o legatario aparente, si se basa en un testamento falso.

4. Obligaciones y contratos.

BIGLIAZZI GERI, Lina: *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente*. RTDP, año XXII (1968); págs. 1314 a 1348.

Se trata la cuestión de si para la eficacia liberatoria del pago efectuado al sujeto aparentemente legitimado, debe considerarse requerida, además de la buena fe, la ausencia de culpa del *solvens*, y en caso afirmativo, cuál sea el grado de diligencia exigible al deudor.

LENER, Angelo: *Prescrizione estintiva e rapporto fondamentale*. RDDC, mayo-junio 1970; págs. 237-269.

Con referencia al derecho a percibir una pensión, se considera la posibilidad de armonizar la imprescriptibilidad del derecho como tal, con la prescripción extintiva de los créditos singulares en que éste se concreta.

RUIZ SÁNCHEZ, José Luis: *Crédito agrario*. RDCI, XLVI, julio-agosto, número 479; págs. 879-905.

Tras una introducción en la que se consideran las peculiaridades propias de la explotación agraria y la relación de los elementos capital y trabajo pasa el autor a fijar conceptos (crédito y préstamo, carácter agrario del

mismo, características del crédito personal agrario). concluyendo su estudio con la consideración de las formas, a corto, a medio, a largo plazo.

5. Derecho de familia.

PUIG SALELLAS, José M.^a: *Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana*. RJC —núm. extr. en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 253-332.

El trabajo se ocupa en primer lugar del ámbito personal de dicha autonomía; en segundo lugar, de la autonomía en el ámbito de los bienes parafenales; a continuación se examina si la autonomía juega independientemente del régimen de bienes o, por contra, es función del mismo; también se estudia si la autonomía patrimonial de la Compilación es total o no, incluyendo una referencia al desempeño del comercio por la mujer casada.

SIMLER, Philippe: *Le conflit des présomptions en régime de communauté*. RTDC, julio-septiembre 1970; págs. 478-525.

La reforma francesa del régimen económico matrimonial, de 13 de julio de 1965, establece una serie de presunciones que, con la finalidad de resaltar la posición de la mujer, contrarrestan la presunción general de comunidad, verdadero eje del sistema. Se estudia aquí el choque que se produce entre ambos tipos de presunciones no sólo en cuanto que atribuyen una serie de poderes a cada cónyuge en tanto subsiste la comunidad, sino también en cuanto que al disolverse ésta ayudan a configurar las respectivas masas patrimoniales.

VIOLA SAURET, Joaquín: *Las instituciones dotedales en la Compilación*. RJC núm. extr. en el 75 Aniversario de la Revista—, 1970; págs. 385-411.

Conferencia pronunciada por el autor en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Después de una breve referencia a la función de las dotes, se estudia su naturaleza, sus especies y elementos, la restitución y las garantías de la dote, la «dote contenta», la autodotación, el aixovar y el cabalatge, y la presunción del artículo 42 de la Compilación

6. Derecho de sucesiones.

FIGA FAURA, Luis: *Dos notas sobre la preterición errónea de descendientes*. RJC —núm. extr. en el 75 Aniversario de la Revista— 1970; págs. 105-114.

Estudio de los efectos atribuidos por el párrafo tercero del artículo 141 de la Compilación a la preterición errónea. El trabajo se centra en la naturaleza del *defectus voluntatis* en la preterición errónea y en la naturaleza

de la acción de nulidad nacida de la mencionada norma y su repercusión registral.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: *Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código civil*. RCDI, XLVI, septiembre-octubre 1970, núm. 480; págs. 1189 a 1199.

Tras una panorámica de Derecho comparado, se examina el régimen sucesorio del hijo adoptivo, tal como ha quedado regulado en el artículo 179 del Código civil. Se analizan algunos espinosos problemas que suscita este nuevo texto.

PRADA ALVAREZ BUYLLA, P.: *El artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil y las menciones legitimarias*. RCDI, año XLVI, julio-agosto 1970, número 479; págs. 907 a 942.

El artículo 1.056, 2.º, es aplicación especial y concreta de la doctrina de la partición hecha por el causante. Por tratarse de una partición concluida no es posible promover el juicio de testamentaria. La protección legitimaria concedida por el artículo 15 L. H. es aplicable a este caso.

II. DERECHO HIPOTECARIO

TANAGHO, Samir: *L'hypothèque des biens a venir*. RTDC, julio-septiembre 1970; págs. 441-477.

El autor estima, con referencia al Derecho francés, que la prohibición de la hipoteca de bienes futuros, como norma esencial, y la admisión en determinados supuestos de una hipoteca general sobre los mismos, contradice dos principios básicos de la teoría general de la contratación: el que admite la idoneidad de la cosa futura como objeto del contrato, y el que exige la determinación y licitud de este objeto; juzga por ello insuficiente la reforma de 4 de enero de 1955, que se contenta con la especialidad de la inscripción, sin alcanzar a la de la hipoteca misma, con lo que deja subsistente una cierta confusión entre la obligación garantizada y el derecho real que la garantiza.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: *Consideraciones críticas sobre el Régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su cargo en el proyecto de Código hipotecario de Puerto Rico*. RCDI, año XLVI, julio-agosto 1970, núm. 479; págs. 945 a 969.

El artículo 159 del Proyecto dice: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad». El Registrador está en el orden económico laboral totalmente vinculado para con la Administración pública, sus ingresos no provienen de

su propia actividad; por eso no parece lógico que subsista una responsabilidad cuya razón de ser estriba precisamente en la independencia perdida.

VELLOSO JIMÉNEZ, JOSÉ: *Algunas consideraciones sobre el registro de las aeronaves*. RCDI, año XLVI, septiembre-octubre 1970, núm. 480; págs. 1203-1214.

Se parte del carácter peculiar de la aeronave como objeto jurídico. Cosa, en principio mueble, pero con un régimen jurídico cercano al de los inmuebles. Sobre las aeronaves inciden tres tipos de registros: Registro de matrícula de aeronaves del Ministerio del Aire, Registro Mercantil, Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prendas sin Desplazamiento. Se considera el carácter de la inscripción en cada uno de estos Registros. Tras un estudio comparativo del Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves, considera la evolución de esta materia en España.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades.

MESSINEO, FRANCESCO: *Sul «quorum» minimo, per deliberare l'azione di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni*. RDDC, mayo-junio 1970; págs. 209-213.

Se sostiene que la destitución de los administradores es una consecuencia necesaria del acuerdo de promover la acción de responsabilidad, basando para ello una sola votación que, teniendo en cuenta el principio de tutela de las minorías, sólo requerirá un *quorum* favorable inferior al que se exige normalmente, problema éste, diferente del de la asistencia mínima precisa para que la Junta quede válidamente constituida.

V. DERECHO PROCESAL

1. Parte general.

MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: *El principio de independencia de la función jurisdiccional. (Consagración del Dogma en la Ley Orgánica del poder judicial y actualización de la normativa vigente.)* RGLJ, junio 1970; páginas 846-1004.

El presente estudio consta de dos partes. En la primera se expone una Teoría general de independencia judicial, principio que equivale a inmunidad frente al poder ejecutivo; después de examinar su significado en el Estado

de Derecho, el autor distingue dos tipos de independencia: orgánica y funcional; sentada la primacía de la segunda sobre la primera, se consideran los presupuestos y garantías que la misma exige, y los requisitos vocacionales, intelectuales y psíquicos que debe reunir el juez.

En la segunda parte se estudia la recepción del principio de independencia judicial en la Ley Orgánica de 1870, y disposiciones concordantes vigentes.

RAMOS GONZÁLEZ, José María: *La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Principios que la informan*. RGLJ, mayo 1970; págs. 746-780.

Después de examinar el significado del principio de independencia judicial y su evolución dogmática, se estudia su recepción en la Ley Orgánica de 1870, así como su desarrollo en la legislación posterior, resaltando cómo ésta fue sucesivamente alterándolo y restableciéndolo con relación a determinadas cuestiones; también se alude al tema de la responsabilidad penal y civil de los jueces.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 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 = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

- F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
 RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).

- REDME** = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (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 Juridica 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 = Svenstí Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. El régimen de separación de bienes como sanción al matrimonio contraído sin el previo «consejo» paterno antes de la reforma del Cc. de 24 de abril de 1958.
2. Alimentos *ex art.* 1.430 Cc. concedidos en caso de disolución de la sociedad de gananciales distinto del de muerte de un cónyuge.

Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1970 (Aranzadi, núm. 2222) José Bernardo de la L. L. c. Rosario A. V.

LA SENTENCIA

LOS HECHOS.—Don José Bernardo de la L. L. casó en 1956 con doña Rosario A. V., sin acreditar haber solicitado el consejo paterno entonces requerido. Tiempo después la jurisdicción eclesiástica dictó sentencia de separación conyugal perpetua, según parece por adulterio del marido, el cual pidió en abril de 1962 ejecución de la misma en sus efectos civiles. En el mismo procedimiento el marido formuló más tarde demanda en incidente de previo y especial pronunciamiento para que se declarase que el matrimonio contraído estaba sometido al régimen de separación de bienes. El Juzgado desestimó la demanda incidental. La Audiencia revocó la Sentencia estimando inadecuado el procedimiento de incidentes, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso (S. 3 junio 1966) (1). Formula entonces el marido demanda contra su mujer en declarativo de mayor cuantía, reiterando la pretensión antes deducida en procedimiento incidental, es decir, que se declare que el régimen de su matrimonio es el de absoluta separación de bienes. La mujer pide en reconvencción se declare ser el régimen aplicable el de la sociedad de gananciales, y además que se le concedan alimentos *ex art.* 1.430 Cc.

El Juzgado estimó la demanda. Apelada la Sentencia, la Audiencia la revocó, y estimó en parte la reconvencción, condenando al marido como administrador de la sociedad legal de gananciales y a su cargo a que entregue 15.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos a su esposa, en la forma prevista por el art. 1.430 Cc. Se interpone recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación.—(Según se deducen de los Considerandos de la Sentencia.)

1.º Error de hecho en la apreciación de las pruebas. La Audiencia declaraba probado que, a pesar de la infracción del art. 45 Cc. en su anterior redacción, los cónyuges contrajeron el matrimonio con el firme propósito de que se rigiera por el régimen legal de gananciales, y que

de hecho así lo han venido haciendo antes y después de la Ley de 24 de abril de 1958. Para demostrar el error de tales afirmaciones se aducen como documentos auténticos escritura pública y certificaciones del Registro de la propiedad, según las cuales el actor, al adquirir dos pisos, hizo constar en la escritura que se había casado "bajo el régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de los arts. 45 y 50 Cc. en su anterior redacción", y habiendo acreditado que en el expediente matrimonial no constaba que se hubiese solicitado el consejo paterno, logró que dichas transmisiones se inscribieran a su nombre en el Registro de la Propiedad.

2.º y 3.º (probablemente). Violación de los arts. 45 y 50, núm. 1.º, Código civil en su anterior redacción.

4.º Aplicación indebida del art. 1.430 Cc.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Ponente: Excelentísimo señor don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta.

CONSIDERANDOS.—(2) *El motivo primero debe ser desestimado toda vez que esas probanzas no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, pues siendo expresión y reflejo de una actuación unilateral del propio actor llevada a cabo después de surgidas las desavenencias matrimoniales, y a espaldas de su mujer, en cuyo perjuicio pretende utilizarlas, no patentizan por sí que la Audiencia se haya equivocado al establecer la afirmación fáctica combatida, a la cual llega en virtud de las declaraciones presentadas por el demandante ante la Inspección del Impuesto sobre la Renta, y del escrito por el que inicia la ejecución a efectos civiles de la sentencia canónica de separación conyugal perpetua, en el que expresamente solicita la liquidación de la sociedad de gananciales, solicitud que ratifica en escrito posterior, al pedir que se requiera a la demandada para que presente las bases de la liquidación que estime oportunas, escritos ambos, que llevan fecha de 1962.*

(3) *El art. 45, núm. 1.º y 50, núm. 1.º del Cc., en su anterior redacción, sancionaba al que contrajera matrimonio sin haber solicitado el consentimiento paterno, sometiendo a los contrayentes al régimen de absoluta separación de bienes, por lo que no cabe duda que si dicha sanción se cumplió, estableciendo los casados su régimen matrimonial de bienes en concordancia y acatamiento con lo dispuesto en el mandato legal, ese régimen de separación de bienes, ha de ser el del matrimonio, pero si como aquí acontece, el que de hecho establecieron y han venido observando los cónyuges, incluso con posterioridad a la vigencia de la Ley de 24 abril 1958, ha sido el legal de gananciales, y se pide la aplicación de la sanción prevenida en la legislación anterior estando ya vigente la nueva legislación que ha suprimido dicha sanción, entonces, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria 3.ª del Cc., se ha de aplicar dicha Ley, pues si en el supuesto de que la falta esté sancionada en dos legislaciones se aplicará la legislación más benigna, del mismo modo y por idéntica razón se ha de aplicar en el caso aquí controvertido la citada Ley de 24 de abril de 1958, pero es que, además, aun en la hipótesis de*

que ese fundamento no fuese válido, se llegaría a la misma conclusión desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda y reiterada en el recurso, pues a ello obliga la buena fe, esto es, las normas que la lealtad a la propia conducta y el sentido de justicia natural imponen, la cual es principio general en nuestro sistema jurídico, recogida en diferentes artículos del Cc., especialmente en la esfera matrimonial en su art. 69 y en la contractual en el 1.258, a cuyas reglas se ha de acomodar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, reglas abiertamente vulneradas por el actor y hoy recurrente, que siendo el culpable de la infracción, pide que sea sancionada, cuando la sanción ha sido suprimida, y en perjuicio de su mujer, que no cometió la falta, y a quien ni siquiera reprocha que la hubiese conocido, por todo lo cual procede rechazar los motivos segundo y tercero.

(4) Por cuanto queda razonado, y acordada judicialmente la separación de bienes en ejecución de la sentencia canónica de separación conyugal perpetua a efectos civiles, es visto, que la Sala sentenciadora aplica correctamente el art. 1.430 del Cc., al acoger, si bien en cuantía inferior a la reclamada, la petición de alimentos deducida en vía reconventional por la mujer al amparo del mencionado precepto legal, sin que, por otra parte, la circunstancia de no haberse formado aún el inventario, pese a haber sido señalados a tal fin por el Juez los días 1 febrero y 17 abril 1963, debido al recurso y demandas interpuestas por el hoy recurrente, obste a la procedencia de aquella decisión, cuando, cual aquí acontece, consta la existencia de una masa común de bienes de consideración, y que tales alimentos son un adelanto de los frutos y rentas, a deducir del haber del alimentista, decayendo en su consecuencia el cuarto y último motivo del recurso.

COMENTARIO: 1. La Sentencia, que es la primera y probablemente también la última dictada por el Tribunal Supremo en materia de "consejo" paterno, es equitativa en cuanto solución del caso concreto, pues rechaza la pretensión del marido que trata de privar arteramente a su mujer de su participación en los gananciales, y probablemente todo civilista —puede suponerse que mucho más los legos en Derecho— encontrará justo el fallo.

Esto no obstante, ha de subrayarse que algunos de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo son muy criticables, y los demás, o no absolutamente convincentes, o poco claros.

Puede pensarse que la consideración que más fuertemente ha movido al Tribunal, pero que ha quedado inexpressada y por tanto incontralada e incontrolable, reside en la falta de justificación de la normativa del Código sobre la materia. Como dice el profesor DE CASTRO en un trabajo básico sobre este tema (*El matrimonio de los hijos*, ADC., 1954, páginas 35-60): "El grupo de artículos numerados del 45 al 50 del Código es uno de los menos afortunados de nuestro primer texto legal; y tanto por su contenido injustificado como por su desdichada formulación técnica" (pág. 52); debiendo añadirse que gran parte de las incongruencias y dislates que DE CASTRO enumera como prueba de este juicio se

han mantenido tras la reforma de 1958. Es cierto que esta reforma ha cercenado aquellos aspectos que se ofrecían más claramente a la crítica, como el consejo paterno para el matrimonio de los mayores de edad, la falta de todo recurso ante la negativa de licencia o consejo, y la sanción del antiguo núm. 2.º del art. 50; pero ha dejado subsistentes otros muchos no menos criticables, algunos de los cuales veremos en este comentario.

2. Convendrá exponer en síntesis cuál era la legislación vigente en 1956, fecha en que se celebró el matrimonio. Según el art. 45 en su anterior versión, está prohibido el matrimonio al mayor de edad que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgarlo, que son las señaladas en el art. 47 derogado, según el cual: "Los hijos mayores de edad están obligados a pedir consejo al padre, y en su defecto a la madre. Si no lo obtuvieren o fuere desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición". Si los obligados a pedir consejo se casaren infringiendo la prohibición legal, su matrimonio será válido, pero se aplicarán las sanciones establecidas en el art. 50, cuya regla 1.ª —que es la que aquí nos interesa— ha permanecido inmodificada, aunque referida hoy sólo a los menores que se casen sin licencia y a los demás casos del actual art. 45, y que impone sustancialmente el régimen de separación de bienes.

La crítica a esta disciplina del consejo paterno era general en la doctrina (*Vid.* citas en DE CASTRO, *loc. cit.*, pág. 55 núm. 70) y la institución misma era más imitación de modelos extranjeros decimonónicos —especialmente franceses— que expresión de la tradición jurídica española. Desaparecido definitivamente el requisito del consejo por la Ley de 24 de abril de 1958, pues "suprimir esta exigencia era algo que reclamaba claramente el Concordato y que demandaba también el ejemplo de la legislación extranjera", según expresa la Exposición de Motivos que precede a aquella Ley, es fácil comprender que el Tribunal Supremo, juzgando en 1970, trate por todos los medios de evitar la aplicación de las sanciones vigentes en 1956 para el caso de incumplimiento de aquel requisito. Pero, como ya he adelantado, los argumentos que utiliza no son todos igualmente aceptables. Veamos estos argumentos.

3. El primer argumento, establecido por la Audiencia y no contradicho por el Tribunal Supremo, se basa en considerar que, a pesar de haber incurrido en la sanción del art. 50 Cc., los cónyuges contrajeron el matrimonio "con el firme propósito de que se rigiera por el régimen legal de gananciales, y que de hecho así lo han venido haciendo, antes y después de la Ley de 24 de abril de 1958, sin haber establecido la separación de bienes, que se solicita por el esposo con posterioridad a la vigencia de dicha Ley". De ello quiere deducirse que la disciplina aplicable a las relaciones económicas entre los cónyuges era la propia de la sociedad legal de gananciales; deducción que es claramente un disparate.

Los cónyuges que han incurrido en la sanción de la regla primera del art. 50 Cc., no pueden evitar dicha sanción otorgado formalmente capitulaciones que establezcan un régimen distinto al de separación: mucho

menos podrán establecer este régimen distinto por su sola voluntad posterior al matrimonio y no expresada en capítulos, por muy firme que sea su propósito en este sentido, pues a ello se opondrá, primero, la misma naturaleza de sanción que hay que reconocer, de acuerdo con la Ley, al régimen de separación que se les impone; segundo, la exigencia general de forma pública para la validez de los capítulos; y tercero, que en todo caso, las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse antes de la celebración del matrimonio.

El principio fundamental a retener, eludido por el Tribunal, es que el régimen de separación del art. 50 Cc. se impone a los que se casan con infracción del art. 45 Cc., desde el momento mismo del matrimonio, como régimen legal necesario que excluye la posibilidad de cualquier otro, cualquiera que sea la voluntad de los cónyuges, sin necesidad de declaración judicial ni constatación oficial alguna, como efecto inmediato de la ley. Que el régimen de separación se establece como efecto automático de la ley en el momento en que se contrae el matrimonio viene confirmado por el art. 1.432 Cc., que en la edición reformada del Código recibe un último inciso dedicado precisamente a exceptuar este caso del régimen de todos los demás, excluyendo expresamente para el mismo la necesidad de declaración judicial. En consecuencia la demanda de que se declare que el régimen aplicable es éste de separación no entraña ejercicio de un derecho subjetivo, ni tiende a producir cambio jurídico alguno, y la sentencia que recaiga será meramente declarativa. Cualquier interesado, en cualquier momento, puede pretender que los Tribunales hagan tal declaración. Más aún, no sólo a instancia de interesado, sino incluso de oficio, admite hoy el Reglamento del Registro Civil que pueda hacerse en dicho Registro indicación de la infracción del art. 45 Cc., acreditando simplemente la falta de licencia, a los efectos de que los terceros no queden protegidos por su creencia de buena fe en estar regido el matrimonio por las normas de la sociedad de gananciales (art. 265 Reglamento Reg. Civ.). Ninguna relevancia tiene pues que el esposo haya interpuesto la demanda muchos años más tarde, como no la tiene en absoluto el propósito o conducta de los cónyuges con respecto al régimen de sus bienes.

Es claro en consecuencia que la argumentación del Tribunal *a quo* era absolutamente errónea; ahora bien, el recurrente siguió una táctica no menos disparatada atacando estas manifestaciones por la vía del error de hecho. Así planteado el motivo del recurso, obra correctamente el Tribunal Supremo al rechazarlo en su Considerando primero, de modo que en una consideración estrictamente formal nada puede oponerse al mismo, aunque quizá hubiera sido deseable que el Tribunal hubiera hecho la salvedad de que, si bien no casa por el motivo primero, ello debe entenderse cualquiera que fuera su juicio sobre la consistencia del razonamiento empleado por el Tribunal *a quo*. Pero no sólo no hace esta salvedad, sino que recoge el mismo vicioso razonamiento en el inicio del Considerando segundo, haciendo valer que los cónyuges no acataron el mandato legal que establece el régimen de separación, sino que de hecho establecieron

y han venido observando el régimen legal de gananciales, con lo que incurren en el mismo error de la Audiencia.

4. El Tribunal Supremo, en el mismo Considerando segundo, establece otras dos líneas discursivas, relativa una a los límites temporales de aplicación de las normas (problema de la posible retroactividad) y la otra centrada en la invocación de un principio general de buena fe.

La argumentación del Tribunal Supremo en cuanto al problema de Derecho transitorio podría explicitarse del siguiente modo: la disposición transitoria 3.^a, párr. 2.^o, del Cc. establece que cuando la falta consistente en ejecutar un acto prohibido esté penada por el Código y por la legislación anterior "se aplicará la disposición más benigna". Este criterio debe aplicarse en todo problema de Derecho intertemporal, y, por tanto, también cuando se trata de conflicto entre el Código civil y otra ley posterior. El conjunto de los arts. 45, 47 y 50 Cc. establecían una pena civil para el caso de matrimonio del mayor de edad sin petición de consejo, que ha sido suprimida por la L. de 24 de abril de 1958, la cual ley es por tanto más benigna. Luego debe aplicarse esta ley posterior, y en consecuencia no imponerse sanción a los matrimonios celebrados sin consejo con anterioridad a 1958.

Tal argumentación parece concluyente, aunque la aplicación de sus resultados no deja de plantear algunos problemas importantes. Me fijaré aquí brevemente en dos aspectos de la cuestión:

a) *El régimen de separación impuesto por el art. 50-1.^o Cc. como sanción o penalidad civil.*—No puede dudarse que, en el sistema del Código civil, la norma del párr. 1.^o del art. 50 quiere ser una penalidad impuesta a ambos cónyuges para el caso de haber infringido uno de ellos las prohibiciones del art. 45. Así ha sido considerada siempre por la doctrina —aunque haya criticado su existencia—. Tampoco hay duda de que contraer matrimonio sin el consejo paterno era una "falta penada por la legislación anterior" en el sentido y con las consecuencias señaladas por el párr. últ. de la disp. trans. 3.^a; lo corrobora, aunque no sería necesario, la Exposición de Motivos de la edición definitiva del Código civil, la cual, en su párrafo 34, al explicar la norma transitoria tercera, aclara que los matrimonios contraídos antes de la promulgación del Código sin la licencia o consejo de quien corresponda no producirán la "penalidad civil o pérdida de derechos" establecidos en el nuevo Código. Por lo mismo —podemos concluir—, suprimido ahora el consejo paterno, se aplicará igualmente la disposición transitoria 3.^a en su párr. últ. que establece la retroactividad.

Otra cosa es que doctrinalmente resulte difícil configurar y más aún justificar como sanción civil la imposición de un régimen matrimonial de separación. Parece como si el legislador considerase el régimen de separación como el más molesto de los regímenes económico-matrimoniales posibles, o en todo caso que la comunicación de ganancias en un beneficio, casi un privilegio, al que no pueden aspirar los hijos desobedientes o irrespetuosos. No deja de ser curioso que se considere sancionatorio el mismo régimen —ligeras variantes aparte— del que se

sienten muy orgullosos los catalanes y por el que han luchado no poco. La doctrina ha criticado siempre esta sanción del Código civil (V. por todos CASTÁN, V, 1, pág. 347), que, sin embargo, se ha conservado tras la reforma de 1958 para los que contraen matrimonio a pesar de las prohibiciones del art. 45 reformado.

DE CASTRO comparte este criterio generalizado por lo que respecta a los mayores casados sin consejo paterno, pero, según sus palabras, la sanción "se justifica en parte respecto a los hijos menores casados sin el debido consentimiento; la razón se puede encontrar en que el régimen de gananciales se establece con carácter dispositivo a falta de capitulaciones matrimoniales (art. 1.315); al no poder hacerse estas capitulaciones sin la concurrencia de las personas que han de dar el consentimiento (art. 1.318), se impondría el régimen de gananciales, lo que pudiera resultar contrario a la voluntad y al interés de los contrayentes; en fin, el régimen de separación no impide definitivamente la unidad económica del matrimonio y tiene ciertas ventajas, especialmente cuando es sospechosa la conducta del marido. Aunque quizá resulte demasiado severa, impidiendo en todo caso que los cónyuges puedan acogerse al régimen de los gananciales".

Por mi parte no me parecen nada convincentes las razones del profesor DE CASTRO: la sanción es igualmente injustificada para el caso de falta de consejo como para el de falta de licencia (supuesta la exigencia legal de ambos requisitos, el primero de los cuales es ciertamente menos justificable que el segundo), porque es la naturaleza misma de las consecuencias, es decir, la imposición de un régimen de separación, la que las hace incompatibles con toda finalidad sancionadora, cualquiera que sea la falta a que se aplique; la referencia a la voluntad e interés de los contrayentes está fuera de lugar, ya que el art. 50 Cc. no trata de cumplir su presunta voluntad ni de servir sus intereses, sino precisamente de sancionar a los cónyuges imponiéndoles una regulación que se supone desfavorable. Las ventajas que a los cónyuges puedan derivar, aparte de contrarias a la finalidad sancionadora de la norma, son aleatorias, se producirán según los casos lo mismo a favor del inocente que del culpable (si no lo son ambos) y más normalmente a favor del marido, ya que el efecto práctico fundamental será privar a la mujer de la mitad de las ganancias hechas por el marido, sin ni siquiera quedar por ello libre de la licencia marital en la gestión de su patrimonio propio; por último, no se entiende qué quiere decir que el régimen de separación "no impide definitivamente la unidad económica del matrimonio": quizá se refiera el profesor DE CASTRO, en una consideración *iure condendo*, a la propuesta de reforma legislativa que presenta al final del mismo trabajo, en el sentido de admitir que los cónyuges puedan con posterioridad al matrimonio acogerse al régimen de gananciales bajo ciertas condiciones; lo cual, fuera o no conveniente, no ha pasado a ser ley.

Por todo ello me sumo a la opinión crítica común, que considera injustificada y perturbadora la norma 1.^a del art. 50 Cc., tanto antes de

la reforma de 1958 como después de la misma. Más abajo veremos todavía nuevos aspectos criticables de tal norma.

b) *Alcance de la retroactividad exigida por el párr. 2.º de la disposición trans. 3.ª, y problemas que comporta su aplicación en este caso.*— La retroactividad de la norma sancionadora más favorable es regla que procede del Derecho penal, en cuya doctrina ha recibido su elaboración. Sucede además que los civilistas, al comentar las disposiciones transitorias, suelen limitarse al enfrentarse con este tema a remitirse en bloque a la doctrina de los penalistas. Pero las sanciones civiles son de muy distinta naturaleza que las penales, y en particular nunca se presentará en el Derecho penal una sanción que tenga las características de la del art. 50-1.º Cc., de efectos automáticos, no necesitada de declaración judicial, y consistente en la aplicación de una determinada disciplina jurídico-privada a buena parte de la actividad patrimonial del sancionado. Por ello convendría que los civilistas nos fijáramos con mayor interés en las consecuencias que la disp. 3.ª párr. 2.º de las transitorias puede producir en diferentes campos del Derecho civil: piénsese por ejemplo en la supresión de la privación de la patria potestad a las viudas que casaren nuevamente obrada por la Ley de 24 de abril de 1958, o en lo que supondría la supresión de la pena accesoria de interdicción civil para ciertos delitos, o su regulación más benigna. En el caso de la Sentencia que comentamos, parece que habrá que considerar a todos los efectos que el matrimonio, desde su celebración en 1956, ha estado sometido a las normas de la sociedad legal de gananciales, y ello sin necesidad de declaración judicial alguna, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos hasta el 24 de abril de 1958 por los terceros; es decir, la retroacción se produce en forma similar a la señalada por el art. 26 de la Comp. aragonesa para el caso de pacto al efecto en capitulaciones. En la disciplina del Código civil, este supuesto supone una quiebra del principio de inmutabilidad de los regímenes matrimoniales, ya que con la entrada en vigor de la L. 24 abril 1958 no sólo se produjo un cambio en el régimen económico de todos los matrimonios anteriores contraídos sin consejo paterno, sino un cambio con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio.

5. El tema de la retroactividad de la ley penal más favorable, bastante complejo según hemos visto, tiene sin embargo menos alcance práctico que el argumento a continuación establecido por el Tribunal Supremo en el mismo Considerando, ya que éste último llevaría a predicar análoga solución —rechazo de la pretensión de aplicación del artículo 50 Cc. por quien cometió la falta— en todos los casos del artículo 45 Cc. actual, es decir, el del menor de edad casado sin licencia, la viuda en los trescientos días y el tutor casado con la pupila antes del rendimiento de cuentas.

Este argumento es en el fondo muy defendible. En efecto, es contradictorio que quien ha cometido la falta pretenda tiempo después se aplique la sanción legal para deducir de ella provecho propio, con daño del otro cónyuge que quizá ignoraba la falta. Esta contradicción la

denuncia por ejemplo Díez PICAZO (en sus "*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*", II, pág. 292) al comentar la Sentencia de 23 de octubre de 1907, en la que el Tribunal Supremo, no obstante esto, acoge en definitiva la pretensión de la viuda que casó infringiendo el art. 45 Cc. de que se declarara que el régimen de su matrimonio era el de separación. (En aquel caso, además, la viuda tenía 74 años, con lo que la *ratio* del art. 45 parecía excluir sin más su aplicación.) Probablemente en aquel caso aceptó la pretensión de la viuda porque le pareció equitativo: por lo mismo que ahora rechaza la del marido, aunque para ello tenga que sentar un principio diferente. Las razones que aquí alega el Tribunal Supremo relativas a un principio general de buena fe, caracterizado como "las normas que la lealtad a la propia conducta y el sentido de justicia natural imponen", principio que se dice está recogido en nuestro Código civil especialmente en la esfera matrimonial en su art. 69 y en la contractual en el 1.258, sin ser rechazables, parecen, sin embargo, demasiado imprecisas y de consecuencias inseguras. Quizá pueda llegarse al resultado que parece correcto —negación de acción a quien, siendo el único culpable, pretende beneficiarse con la sanción— a través de un argumento algo más técnico y controlable, basado en el principio tradicional "*nemo audiatur turpitudinem suam allegans*". Puede considerarse que, en el Código civil, este principio es el que informa los arts. 1.305 y 1.306 del mismo sobre las consecuencias de la nulidad de los contratos por causa ilícita, y en particular la regla 2.^a de este último, según la cual cuando el hecho que constituye la causa torpe no sea delito ni falta y la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiese ofrecido (Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 251). Esta regla podría formularse del modo siguiente: los contratos con causa ilícita están sancionados con nulidad; pero el culpable de esta sanción no puede hacerla valer para traer de la misma ningún beneficio. Siendo esto así, la regla podría generalizarse a todos los casos en que el ordenamiento impone una sanción civil por una falta, de modo que se niegue siempre la acción para la imposición de la sanción al culpable de la misma, y en particular al caso de la sentencia que nos ocupa, observando simplemente que, siendo el marido el único culpable de un hecho al que el Código civil señala la sanción de aplicar a su matrimonio el régimen de separación de bienes, no puede admitirse que este marido culpable consiga la tutela judicial en su pretensión de beneficiarse con la sanción impuesta a su falta. Con la aplicación al caso del principio "*nemo audiatur*" en el sentido aquí expuesto se logra el mismo resultado a que llega el Tribunal Supremo, pero creo que de forma menos peligrosa por la mayor precisión de los límites de aplicabilidad del principio.

6. Para terminar, unas breves consideraciones sobre la concesión de alimentos a la mujer *ex* art. 1.430 Cc. (Considerando tercero.) La regulación que el Código presenta de la liquidación de la sociedad de gananciales está pensada para el caso de muerte de uno de los cónyuges. Ello plantea algunas dificultades de adaptación para todos los demás

supuestos determinados por los arts. 1.417 y 1.433, en especial para el de disolución como consecuencia de separación personal (Vid., p. ej., artículo 1.420 sobre la adjudicación del lecho y otros efectos al cónyuge sobreviviente, o el art. 1.427 sobre vestido de luto para la viuda), pero los arts. 1.418 a 1.431 han de considerarse en principio aplicables también a este caso, por ser los únicos que el Código dedica a la liquidación (Vid. además arts. 1.417-3.º y 1.440), si bien en la medida en que sean armonizables con los preceptos expresamente dictados para regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges separados judicialmente, es decir, fundamentalmente los arts. 73 y 1.434 y ss., ya de por sí difíciles de armonizar.

No es esta la ocasión de exponer el sistema o *modus vivendi* económico de los cónyuges separados, pero sí de señalar algunos aspectos relativos a la Sentencia comentada:

a) En este caso parece ser el marido quien tenía la posesión y administración de todos los gananciales, y esto bastantes años después de la sentencia de separación; pero no siempre será así, entre otras razones porque el Juez ha podido atribuir a la mujer la administración de todos o parte de los gananciales dentro de las medidas coetáneas a la tramitación del proceso de separación personal (art. 68, regla 4.ª, párr. 5.º); en este caso podría ser el marido el favorecido por los alimentos.

b) De todos modos, las normas de liquidación dictadas por el Código se adaptan mal a la situación de cónyuges separados, ya que no es conveniente dejar en manos de uno de ellos, normalmente el marido, sin atender a la inocencia o culpabilidad declaradas, la administración provisional de la masa ganancial. Resulta más adecuada la norma específica de la Compilación aragonesa, según la cual: "Extinguida la comunidad por causa distinta de la muerte, la administración provisional se regulará por acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, le corresponderá al único cónyuge inocente o de buena fe. No habiendo cónyuge inocente o siéndolo ambos, el Juez, apreciadas las circunstancias, resolverá sobre la administración" (art. 54. Vid. también art. 53, *Uno*, por lo que respecta a los alimentos que sobre la masa puede deducir el viudo).

c) En cuanto a la aplicación del art. 1.430 Cc., de una parte el tenor literal de éste y probablemente sus antecedentes históricos la excluirían en el caso de separación; pero de otra puede pensarse que su *ratio* alcanza a todos los casos en que, pendiente la liquidación, uno de los cónyuges no ha percibido todavía su haber. (Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, tomo XXII, 1905, pág. 467, que se pronuncia por su aplicación en todo caso, con la invocación, en mi opinión desacertada, del art. 1.434: éste supone que la liquidación se ha producido ya, y además está limitado —aunque esto no pudo saberlo MUCIUS— por la regla Quinta del art. 73, según la interpretación jurisprudencial). Es verdaderamente difícil dilucidar si los alimentos *ex* art. 1.430 son compatibles con los que la mujer puede tener concedidos *ex* art. 68-5.º, o los que puede pedir *ex* ar-

título 1.434. Una última observación: esta Sentencia es la primera, salvo error por mi parte, en que el Tribunal Supremo concede alimentos *ex artículo 1.430* en caso de disolución de la sociedad de gananciales por causa de sentencia de separación personal; en todas las decisiones que conozco en que se aplica o se discute sobre la aplicación del art. 1.430 se partía del supuesto de muerte de un cónyuge. (Ss. 28 mayo 1896, 24 junio 1898, 30 enero 1907, 8 enero 1948, 7 julio 1948, 11 octubre 1951 y 26 enero 1961).

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza

N O T A

(1) S. 3 junio 1966 (Aranzadi, núm. 2.875). *José Bernardo de la L. L. c. Rosario A. V.*

El hecho de tratarse de una Sentencia recaída entre las mismas partes y con el mismo tema litigioso, y el interés intrínseco de las cuestiones procesales planteadas, aconsejan transcribir lo más importante de sus Considerandos. Fue Ponente el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño.

En el Considerando primero se rechaza que el cauce del art. 1.695 Lec. sea aplicable al supuesto debatido, pues el trámite llamado de ejecución a efectos civiles de una sentencia firme de separación matrimonial dictada por un Tribunal Eclesiástico no es un "procedimiento de ejecución de sentencias" en su sentido propio, que es aquel en que se utiliza en el citado art. 1.695 Lec.

Transcribo a continuación los Considerandos Dos a Quatro, en que se razona la improcedencia del procedimiento de incidentes para la declaración pretendida por el actor.

"Centrado el problema en los límites del recurso por infracción de ley del art. 1.692 de la Ley Procesal Civil, la cuestión que se debate en casación no es otra sino la de saber si el procedimiento seguido, es decir, el de un incidente de previo y especial pronunciamiento —de los regulados en los artículos 741 y siguientes de la ley rituaria— en el trámite de ejecución de una sentencia canónica, es o no el adecuado para decidir acerca de la existencia del régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales, cuestión que fue suscitada por el actual recurrente a lo largo de la tramitación, rectificando su primitiva solicitud —en base según afirmó, a un error padecido— de que se procediese a la liquidación de la referida sociedad y a la que se opuso la representación de la esposa, lo que obligaba al juzgador a decidir una contienda sobre dicho punto y le imposibilitaba limitarse exclusivamente —como estima el recurrente— a tomar unas determinadas medidas de orden patrimonial consiguientes a la disolución de la sociedad conyugal, por la sencilla razón de que desde el momento en que surge la disputa, no puede saberse con exactitud cuáles habrán de ser las que deban ser adoptadas".

"A estos efectos, conviene tener presente que la norma invocada por la sentencia recurrida en apoyo de la tesis contra la que se recurre, es la regla tercera del art. 483 de la L. E. Civ., según la que "se decidirá en juicio ordinario de mayor cuantía... 3) las demandas relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas", cuya procedencia aplicativa se impugna en el motivo primero del recurso —amparado en el núm. 1 del art. 1.692 de la Ley Procesal— por entender que dentro de dicha enumeración no figura, ni debe tampoco incluirse lo relativo al régimen matrimonial de bienes que, al carecer de una tramitación específica, tiene que estar comprendido en los supuestos contemplados en el art. 741 de la misma Ley, referente a los incidentes, olvidando sin embargo que la enu-

meración del núm. 3 del art. 483, no tiene carácter preclusivo, sino simplemente enunciativo, puesto que se habla de “las demás que versen sobre el estado y condición de las personas” dentro de las que forzosamente habrán de comprenderse las que atañen al matrimonio en cuanto no se trate de materias cuyo conocimiento haya sido expresamente atribuido a la jurisdicción canónica a virtud de la legislación concordatoria vigente en España en la actualidad”.

“A su vez y dentro del matrimonio, debe considerarse comprendido no sólo su aspecto personal estricto, sino también su consecuencia económica, cual es el régimen de bienes, porque éste carece de un valor y carácter patrimonial puro, a causa de su naturaleza familiar que le imprime el sello propio de todas las instituciones del Derecho de familia, a la persecución de cuyos fines queda vinculado, en este caso a través y en conjunción con el matrimonio del que es inseparable y del que viene a constituir un accesorio que nuestro C. c. destaca cuando en el art. 1.326 dice que: “todo lo que se estipula en las capitulaciones matrimoniales o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará sin efecto alguno en el caso de no contraerse”; características éstas que se agudizan en casos como el aquí contemplado en que se trata de un matrimonio que se dice contraído en contra de las exigencias del art. 45 del mismo Código —antes de la reforma efectuada el 24 de abril de 1958— que implicaba el régimen excepcional de sanción contenido en el art. 50 del propio Cuerpo legal, que afecta consiguientemente, a la condición del matrimonio contraído y a las personas que lo contrajeron, a causa de todo lo cual resulta absolutamente inadecuada la tramitación seguida, de simple incidente”.

II. SENTENCIAS

I. Colaboración de Manuel AMOROS GUARDIOLA

1. **ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS:** *La certificación expedida por el Registro de la Propiedad, acreditativa de las ventas, hipotecas y transmisiones efectuadas en relación con una finca, y el testimonio del auto judicial por el que se adjudicó la finca a la recurrente, no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, y además en ningún caso un solo elemento de prueba puede prevalecer sobre la apreciación conjunta de las practicadas hecha por la sentencia recurrida.*

DEFECTO EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *Se incurre en defecto formal al denunciar conjuntamente dos conceptos antagónicos de infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los de inaplicación e interpretación errónea, en contra de lo expresamente estatuido por el artículo 1.720 de la Ley de Trámites, que le hace incurrir en la causa 4.ª de inadmisión del 1.729, que en el estado actual del procedimiento se convierte en causa de desestimación, conforme a la reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, dado el carácter eminentemente ritual del recurso. [S. de 27 de diciembre de 1969; no ha lugar.]*

2. **DOBLE VENTA DE FINCAS: PRUEBA DE LA TRADICIÓN COMPLEMENTARIA DE LA PRIMERA VENTA HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO:** *Deben señalarse los hechos que la sentencia recurrida sienta y que no han sido objeto de este recurso: a) que el comprador entregó en el acto de la firma del documento privado como parte del precio y no como señal, la cantidad de 100.000 pesetas, quedando pendiente el pago del resto hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública; b) que al suscribir el mencionado documento privado de compraventa el vendedor entregó al comprador la escritura pública de su anterior adquisición, dos contratos de inquilinato, subrogándose en dichos contratos dos documentos de declaración de aumentos de rentas, varios recibos de haber pagado contribuciones y dos recibos de la Cámara Urbana. Los hechos antes citados constituyen, jurídicamente valorados, una verdadera tradición, dada su naturaleza, puesto que no pueden tener otra significación sino la de conferir al comprador el inmediato disfrute de las fincas vendidas. [S. de 16 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

Según el propio Tribunal Supremo reconoce en el primer Considerando de esta Sentencia—antes extractado—, la decisión en ella contenida respecto de la existencia de tradición complementaria de la primera venta en documento privado, lo que implica la atribución del dominio al primer compra-

dor, está perfectamente ajustada a la doctrina jurisprudencial formulada en las Sentencias de 25 de octubre de 1924 y 24 de diciembre de 1929. La Sentencia de 25 de octubre de 1924 sienta que, aun siendo el otorgamiento de escritura pública, en el contrato de compraventa, tradición simbólica de la cosa vendida, con igual eficacia que la ocupación material, ello es sin perjuicio de que otros actos o derechos se puedan estimar por los Tribunales. Y en la de 24 de diciembre de 1969 se expresa que el artículo 1.462 no implica que para la tradición se necesite precisamente escritura pública de venta, pues, aun siendo privada, puede justificarse la entrega, y, por tanto, el dominio, por otra clase de pruebas de la admitidas en derecho, y al concurrir en este caso juntamente con el documento privado los hechos inicialmente sentados, debe estimarse que se operó, desde el momento de la suscripción del mismo, la tradición que el recurrente niega y, consecuentemente, que carece de todo valor y eficacia la posterior venta de la finca a favor de la parte recurrente.

3. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA: EFICACIA PROCESAL: *La obligación impuesta por el párrafo 2.º del artículo 38 L. H. (1) no es exigible cuando, aun ejercitada una acción contradictoria de dominio, como la reivindicatoria, ambas partes litigantes derivan sus derechos de documentos y títulos distintos que ninguna relación ni dependencia guardan entre sí (?), por reducirse entonces la contienda a discutir el valor, eficacia y preferencia de cada uno de ellos, y porque de declararse anterior el del demandante, la nulidad del de su adversario constituye la consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, y aquella nulidad es suficiente para lograr la del asiento registral a efectos del artículo 79, número 3, de la L. H. [S. de 19 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

4. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE PRODIGALIDAD: SU IMPROCEDENCIA CUANDO SE EXTIENDE SOBRE FINCAS INSCRITAS A FAVOR DE QUIEN COMPRÓ DEL PRÓDIGO: INEFICACIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN POR CADUCIDAD DEL MISMO: *Según el número 2 del artículo 73 L. H., en relación con los artículos 170 y 171 de su Reglamento, la anotación preventiva ha de limitarse a los bienes que aparezcan inscritos a nombre del que es objeto de la demanda de declaración de incapacidad. No es obstáculo a esto el hecho de que con anterioridad a la inscripción de la escritura de compra otorgada por el presunto pródigo a favor del recurrente, hubiere sido presentado en el Registro otro mandamiento judicial para la anotación de la demanda de prodigalidad, tomándose asiento de presentación del mismo en el libro Diario, ya que éste caducó por el transcurso del plazo legal.*

DEFECTO EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *Las cuestiones que los motivos del recurso plantean son inadecuadas, ya que se dirigen a atacar el valor del título de transmisión y el de las inscripciones registrales practicadas,*

(1) «No podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente».

mas no la virtualidad de las anotaciones preventivas, cuando la acción ejercitada en el pleito se dirigía a la declaración de nulidad de las anotaciones preventivas de la demanda de prodigalidad, y apartándose así de la materia propia de este litigio. [S. de 24 de febrero de 1970; no ha lugar.]

5. DOBLE INMATRICULACIÓN: *Tratándose de un caso de doble inmatriculación de la finca que se discute, el problema no puede decidirse aplicando los artículos 38 y 34 L. H., los cuales no operan en tal supuesto toda vez que los efectos que la inscripción confiere a sus respectivos titulares, se neutralizan al ser incompatibles entre sí, debiendo solventar el conflicto conforme a los principios y reglas del ordenamiento común.*

DEFECTO EN LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: *Para alegar en casación el error de hecho en la apreciación de las pruebas, es preciso citar concretamente el documento o acto auténtico que patentice la equivocación del juzgador, sin que baste la cita global e indiscriminada de los mismos. [S. de 18 de junio de 1970; no ha lugar.]*

II. Colaboración de Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

1. ACCIÓN REDHIBITORIA: CONCEPTO DE VICIO OCULTO: *“Sistematizando la doctrina de los preceptos del Código civil y la jurisprudencia relativas al saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida se pueden establecer estos principios: a) que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad; b) que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior; c) que es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa, teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto; d) que ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a que la destina o disminuya de tal modo este uso que de haberlo conocido el comprador no la hubiera adquirido o habría dado menos precio; es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquel que motivó la adquisición, si nada se hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquirente”.*

“No es obstáculo... el que tal defecto sea reparable porque, como dijo la Sentencia de 26-II-1914, «contratada la compra de un automóvil nuevo y con todos los detalles que pudieran apetecerse, procede la rescisión del contrato pedida por el comprador si para obtener esa perfección fue preciso, después de empezado a usar, reemplazar organismos importantes que no funcionaban bien».”

“Y tampoco puede decirse que no fueran ocultos aquellos vicios que, como los aquí discutidos, no sea fácil descubrirlos si no es sometiéndoles

a pruebas o examen técnico, dados los términos en que se expresa el citado artículo 1.484.”

ACCIÓN REDHIBITORIA: SU FUNDAMENTO: “*El saneamiento por los defectos ocultos descansa sobre el principio de la buena fe, que resulta defraudada si la finalidad perseguida por el comprador a cambio del precio entregado no puede cumplirse.*” [S. de 31 de enero de 1970; ha lugar.]

2. FUNDAMENTO DE LA COSA JUZGADA: “*Es el fundamento de la cosa juzgada el evitar que sobre los mismos hechos se produzcan resoluciones contradictorias, y en este caso la sentencia que se dice contradicha, de 26 de octubre de 1961, que resolvió la tercera, estimó que la Sociedad... fue continuadora y sucesora de la personalidad jurídico-mercantil individual del señor L., con los efectos legales correspondientes, aunque no resolviera sobre la simulación relativa de la escritura de sociedad, que no cabía en el marco de la tercera; por lo que... se impone la desestimación del motivo.*”

NOTA: Mientras que la Sentencia de 26-X-1961 no se había pronunciado sobre dicha simulación relativa, aunque era petición de una de las partes, la sentencia aquí recurrida declara la existencia de simulación relativa en la escritura de sociedad. Por ello el recurrente alega la excepción de cosa juzgada.

3. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: “*Es reiterada doctrina de esta Sala, que la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de instancia y debe por ello ser respetada en casación, mientras resulten lógicos y no desorbitados los textos que se interpretan.*”

EFFECTO DE LA SIMULACIÓN RELATIVA: “*Permite la subsistencia del contrato real querido por las partes y no el simulado, porque la ineficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la validez del negocio disimulado que contiene, en tanto este último es lícito y reúne no sólo los requisitos generales, sino también los que corresponden a su especial naturaleza, todo en armonía con el artículo 1.276 del Código y su Jurisprudencia aclaratoria.*”

PRESUNCIONES: “*Según reiterada doctrina..., la infracción del artículo 1.253 sólo puede ser acogida cuando se denuncia por el número primero del 1.692 y alegada aquí al amparo del número séptimo, el defecto procesal hace inviable el motivo, pero aun estudiado su fondo la resolución sería igual, pues la apreciación de las presunciones corresponde al Tribunal y sólo puede atacarse cuando sean faltas de lógica, del natural discurrir de la razón y como en el motivo sólo se califican de más expresivos los hechos favorables a la tesis del recurrente, reconociendo que los hay favorables a la del recurrido, no puede estimarse arbitraria la apreciación del Tribunal y se impone desestimar también, por razones de fondo, el motivo.*” [S. de 26 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

4. CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”: “*Dicha cláusula sólo es de aplicación a los contratos de suministro periódico o de vencimiento muy diferido.*” [S. de 12 de junio de 1970; no ha lugar.]

5. INCONGRUENCIA: *"De acuerdo con la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, no puede incurrir en ese defecto el fallo que... es totalmente estimatorio de las pretensiones de la demanda.*

CONFESIÓN: *"Lo importante al confesar son los hechos concretos sobre los que se absuelven las posiciones, que no pueden decirse divididos por la circunstancia de que el Juzgador no recoja después las razones o pretextos con los que se quiso paliar o, si se quiere, justificar la actitud que se reconoce. [S. de 26 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

6. DOCTRINA LEGAL: *"La doctrina útil para fundar en su infracción un recurso de esta índole es la establecida en repetidas e idénticas decisiones de esta Sala, no bastando, al efecto, la cita de la doctrina de una sentencia aislada".*

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *"Si bien es cierto que, según jurisprudencia constante, para la aplicación del artículo 1.124 del Código civil se precisa, entre otros requisitos, que se patentice de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, también lo es que esa voluntad puede revelarse, entre otros medios, por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a la firme, insistente y manifiesta voluntad de cumplimiento de la otra parte contratante". [S. de 5 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

7. NATURALEZA DEL CONTRATO: CONTRATO MIXTO: *"Que el discutido documento..., tanto en su introducción o preámbulo como en su antefirma final, habla de "comprador" y "vendedor" para designar a los contratantes, añadiéndose en la estipulación segunda que lo que respectivamente quieren aquéllos es transmitir y adquirir, y precisando con toda claridad en la tercera que "el contrato que se celebra es el de venta" del objeto que se describe: calificación contractual que no puede ser alterada por la concurrencia de otros dos elementos que, ciertamente contenidos en el mismo escrito, son utilizados por el recurrente en defensa de su tesis: a) en primer lugar, las obras que deberían efectuarse por el vendedor, consistentes, primero, en la demolición de un viejo edificio para construir después el nuevo, donde radicaría el local comercial objeto de la operación..., no obstante lo cual no puede servir para desvirtuar aquella naturaleza porque lo que se persigue; es decir, el objeto primordial de los intervinientes es la entrega del local, para lo que aquella obra es un accesorio que posibilita la efectividad real de la obligación de vender, que continúa siendo, sin duda alguna, la prestación predominante, cuyas reglas jurídicas son las que pensaron las partes...; b) y en segundo término, porque el presentado como elemento transaccional, no consiste en otra cosa sino en una cláusula final del pacto que se examina, donde literalmente se dice que "las partes contratantes dan por resueltas todas las cuestiones o diferencias que hasta la fecha hubieran existido o pudieran derivarse de las situaciones anteriores...", con lo que claramente se está dando a entender que lo que los interesados deseaban no era celebrar una transacción, sino avenirse a terminar las anteriores diferencias con este*

contrato que celebran, que sirve de medio para ello, y cuya calificación jurídica no puede quedar afectada en razón al fin que, entre otras y con él, se persigue”.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *“No podrá bastar el incumplimiento de aquél contra quien se actúa unilateralmente apreciado, sino que tendrá que acreditarse una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento; y de otro lado, el cumplimiento de todas las obligaciones que incumban a quien lo ejercita”.* [S. de 3 de junio de 1970; ha lugar.]

8. NATURALEZA DEL CONTRATO: *“La naturaleza de los contratos no depende de la denominación que les den sus otorgantes, sino de lo que realmente constituye su contenido”.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *“La interpretación de los contratos, por ser función privativa de los Tribunales de instancia, no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo, salvo que las deducciones a que lleguen sean ilógicas, absurdas o equivocadas, aun cuando pudiera haber alguna duda acerca de su exactitud”.* [S. de 20 de junio de 1970; no ha lugar.]

9. NOVACIÓN: *“Es doctrina constante de esta Sala que las cuestiones relativas a la existencia de los hechos determinantes de la novación, entre ellos el referente a la incompatibilidad de las obligaciones, antigua y nueva, es facultad propia y peculiar del Tribunal sentenciador, a cuyo criterio hay que estar en tanto no sean adecuadamente combatidos en casación”.* [S. de 3 de junio de 1970; no ha lugar.]

III. Colaboración de José M. BURGOS

1. PRINCIPIOS GENERALES: *Admite el principio general del derecho “Res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet”.* [S. 23 de diciembre de 1969; desestimatoria.]

2. INTERPRETACIÓN: *No cabe la casación cuando la interpretación dada por el Tribunal “a quo” es “racional”, aun cuando exista alguna duda acerca de la absoluta exactitud de aquélla.* [S. de 14 de febrero de 1970; desestimatoria.]

3. ERROR DE HECHO: *Es exigible un documento que no sea tenido en cuenta por la Sala sentenciadora, pues de haber sido considerado por ella, el problema sería de interpretación errónea, denunciabile por el cauce del núm. 1.º del art. 1.692 L. E. C.; y que su texto diga lo contrario de lo que la sentencia afirme.*

INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: *La limitación de efectos del art. 1.281 y la prohibición del art. 1.283 C. c., no se refieren a las consecuencias lógicas*

y obligadas de las manifestaciones contractuales. [S. de 7 de octubre de 1970; desestimatoria.]

4. CONFESIÓN JUDICIAL: *Sólo constituye prueba plena el conjunto armónico de todo lo confesado, sin que sea dable impugnarla, ni defenderla, por suposiciones que no tengan fundamento, o que vengan referidas a parte de la prueba, pero no a su totalidad, ya que el art. 1.233 C. c. complementa al 1.232 C. c.*

No está permitido a la parte que propone la prueba de confesión aceptar determinadas manifestaciones sin recoger aquellas otras que sirven para enervar las afirmaciones que admite.

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los documentos notariales en que se recogen las manifestaciones unilaterales de los futuros demandantes no tienen la consideración de documento auténtico a efectos de casación.* [S. de 11 de noviembre de 1969; desestimatoria.]

NOVACIÓN: *No puede existir la extintiva, respecto a dos contratos (uno privado y público el segundo) cuando se trata de un mismo objeto, un mismo precio y las mismas condiciones esenciales.* [S. de 22 de enero de 1970; estimatoria.]

5. SOLIDARIDAD: *No es necesario que la palabra "solidaria" se emplee, siempre que aparezca como evidente la voluntad de los obligados a responder, con tal carácter, de las deudas que contraigan.*

SOCIEDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS GESTORES: *Responden solidariamente a la vista del art. 1.698, en relación con la regla 1.ª del art. 1.695 del Código civil.*

RESPONSABILIDAD DE SOCIOS: *En la sociedad irregular no afectan a la responsabilidad de los socios frente a terceros, los pactos internos de reparto de ganancias y pérdidas al no existir diferenciación entre el patrimonio social y el de los socios en sí, que produce una libre comunicabilidad que viene a determinar la ilimitada responsabilidad de esta clase de partícipes en sociedades de carácter personalista.*

INTERESES: *Es procedente la condena a su pago desde la presentación de la demanda, cuando reclamándose varios créditos, se condena al pago de las cantidades postuladas para cada uno de ellos, aunque absuelve de uno determinado que, por su cualidad y cuantía, pueda ser estimado razonablemente como accesorio.* [S. de 10 de abril de 1970; desestimatoria.]

LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO: *Constituye cualquiera de las figuras de cesión, traspaso o subarriendo el disfrute, cuando menos parcial, del complejo compuesto por el local, sus instalaciones industriales y el personal que las maneja, carente de intervención del arrendatario por espacio de cuatro años.*

PRINCIPIO TUTIVO DE LA LEGISLACIÓN ARRENDATICIA: *El espíritu de protección al inquilino que inspira la legislación de alquileres, o el que mediante ella se trate de velar por éstos, en orden a la prórroga del contrato y regulación del precio del mismo, no son más que criterios sociológicos orientadores, para un momento y supuesto dado, sin que de los mismos puedan derivarse principios doctrinales en relación a que sus normas hayan de interpretarse en favor del arrendatario como parte más débil, ni tengan la consideración de doctrina legal.* [S. de 21 de marzo de 1970; desestimatoria.]

INCONGRUENCIA: *Es necesario citar el art. 359 L. E. C. y además el concepto en que ha sido infringido.*

NOVACIÓN: *La novación objetiva o real no se presume, sino que, o ha de manifestarse de modo expreso y resultar claramente la voluntad de otorgarla —animus novandi—, o que la obligación que sustituye a la novada aparezca en forma tal que pueda ser apreciada terminantemente la incompatibilidad de ambas.* [S. de 9 de abril de 1970; desestimatoria.]

6. FIANZA SOLIDARIA: *El carácter de subsidiariedad de la fianza simple se pierde en la fianza solidaria, aunque conserve el carácter de la accesoriadad.*

No se opone a la cualidad “in solidum” del fiador solidario, el hecho de supeditar la cantidad que se adeuda a una previa liquidación de cuentas entre acreedor y deudor, por lo que en pleito sobre liquidación de cuentas y reclamación del saldo resultante puede ser demandado el fiador solidario por inaplicabilidad del artículo 1.834 C. c. [S. de 16 de junio de 1970; estimatoria.]

7. DEFECTOS DEL RECURSO: *Al amparar los motivos de “interpretación errónea y aplicación indebida” se mezclan conceptos heterogéneos y se falta a la claridad y precisión, cuyo defecto se sanciona en el núm. 4 del artículo 1.729 L. E. C.* [S. de 5 octubre de 1970; desestimatoria.]

8. INJUSTICIA NOTORIA: PROCEDIMIENTO: *El artículo 363 L. E. C. tiene carácter sustantivo a efectos de casación.* [S. de 17 de marzo de 1970; desestimatoria.]

9. INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Sin la interposición oportuna de los remedios o recursos ordinarios, contra las faltas cometidas, no puede utilizarse el recurso extraordinario de injusticia notoria.* [S. de 27 de mayo de 1970; desestimatoria.]

10. ERROR DE DERECHO: *No figura en la causa cuarta del artículo 136 L. A. U., por lo que no se puede alegar a su amparo.* [S. de 22 de mayo de 1970; desestimatoria.]

PROCEDIMIENTO: *No puede ser acogido el motivo que se basa en preceptos de carácter general, cuando la sentencia de instancia se apoya en preceptos específicos cuya infracción no queda denunciada.*

COSA JUZGADA: *No se puede recurrir en casación un pronunciamiento de primera instancia no apelado.*

11. **ERROR DE HECHO:** *No existe cuando la Sala se limita a no recoger un hecho en la fundamentación del fallo. Al invocar el error de hecho es necesario precisar las consecuencias jurídicas que han de ser sustancialmente modificadas de acogerse tal error. [S. de 23 de diciembre de 1969; desestimatoria.]*

IV. Colaboración de José CADARSO PALAU

1. **CONFESIÓN:** *La confesión judicial no tiene más valor que el resto de las pruebas practicadas.*

ERROR DE HECHO: *Los documentos aducidos, aparte de no tener el carácter de auténticos a efectos de casación, no puede ser base del error de hecho al haber sido examinados e interpretados por el Tribunal "a quo".*

CONTRADICCIONES EN EL FALLO: *La declaración de haberse producido en una tubería de conducción de agua del recurrente daños por un tractorista de la actora, no es en forma alguna contradictoria con la declaración de incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del recurrente ni presupone que por la actora se haya faltado a las suyas. [S. de 6 junio de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: *La actora había recibido una finca por donación de su padre. Sobre dicha finca, éste había constituido a favor del demandado y recurrente, mediante contrato celebrado en octubre de 1911, un derecho de busca y conducción de aguas. Se estipulaba, a cambio, el pago de un canon anual a cargo del demandado, y asimismo se pactaba que si éste "estuviese tres años consecutivos sin satisfacer el canon o cantidad resultante a tenor de lo prevenido en el pacto anterior, quedará rescindido (sic) este contrato". Habiendo pasado más de los tres años prevenidos sin que el demandado pagase el canon, la actora solicitó se declarase la resolución del contrato.*

2. **ACCIÓN PAULIANA:** *Si la sentencia recurrida afirma que ni hubo mala fe en las compradoras, ni consilium fraudis o concierto para perjudicar al demandante, no cabe plantear el recurso sobre la base contraria para invocar violación del artículo 1.111 del C. c., sin haber combatido debidamente aquellos supuestos de hecho.*

DERECHO DE RETENCIÓN: *No cabe invocar un derecho de retención sobre un inmueble que se dice haber tenido a título de mandatario y administrador, sobre la base del artículo 1.730 del C. c., pues lo que este precepto concede es un derecho de prenda que, por tanto, se refiere exclusivamente a cosas muebles.*

INEXISTENCIA PRÁCTICA DE PEDIMENTOS EN LA DEMANDA: *Son totalmente imprecisos y contradictorios los pedimentos que no concretan los actos que se*

impugnan y piden su ineficacia de manera conjunta e indistinta por diversas causas que son entre sí incompatibles, por lo que se trata, no de la aplicación oficiosa de una excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, ni de un caso de incongruencia, sino de un caso de inexistencia práctica de pedimentos en la demanda. [S. de 16 de junio de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Con parecida expresión a la utilizada en los pedimentos números dos, tres, cuatro y ocho, el demandante, hoy recurrente, pedía en el sexto de su demanda "que se declare nulo y sin efecto ni valor alguno, ineficaz o rescindido, simulado, resuelto o revocado, toda estipulación, convenio, contrato, pacto o cesión operada sobre el local expresado, desde la posesión y tenencia por el demandante y con posterioridad y anterioridad...". Como las sentencias de primero y segundo grado declarasen no haber lugar a entrar en el fondo de tales pedimentos, por no expresarse con claridad y precisión lo que en ellos se pedía, el recurrente esgrimió en su recurso el argumento de que se había aplicado de oficio la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, con lo que se incurría en incongruencia al otorgar más de lo pedido, por cuanto aquella excepción no había sido oportunamente aducida por los demandados.

3. CONTRATO DE OBRA: NOVACIÓN MEDIANTE EXPROMISIÓN: INTERPRETACIÓN: *Debe apreciarse la existencia de novación en virtud de la cláusula transcrita del contrato de 22 de abril de 1964, que ha sido rectamente interpretada por la Sala a virtud de los actos coetáneos y posteriores de las partes, consistentes en el alzamiento de la suspensión de la obra y su continuación por el subcontratista sin previo pago de lo que se le adeudaba, que lleva a deducir que ello tuvo lugar ante la convicción del acreedor de que percibiría su crédito por la mayor solvencia de los nuevos deudores, que únicamente puede presumirse lógicamente ante la asunción de la deuda por los propietarios y que entraña también un consentimiento expreso del acreedor con la sustitución referida.*

CONFESIÓN: *La confesión del demandado rebelde no hace prueba más que en cuanto le afecta.*

PRUEBA TESTIFICAL: *Es bien conocida la doctrina de esta Sala de que la prueba testifical no puede ser aducida en casación.*

ERROR DE HECHO: *No puede sustentarse en los documentos aducidos, que no demuestran por sí mismo y sin necesidad de ser interpretados o relacionados la evidente equivocación del juzgador, además de que fueron ya examinados y valorados por la Sala de instancia para formar su juicio.*

ARGUMENTO A MAYOR ABUNDAMIENTO: INCONGRUENCIA: *No cabe estimar la aplicación indebida de los artículos 358 y 361 del C. c. relativos a la accesión que impropialemente argumenta la sentencia impugnada, porque tal argumento se establece a mayor abundamiento y aun suprimido en nada modificaría el jallo recurrido, razón por la que tampoco puede ser éste tachado de incongruente alegando que ni en los escritos se trató de la accesión, ni tal extremo fue discutido. [S. de 24 de abril de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: En la construcción de un complejo de viviendas se había subcontratado con el demandante la instalación de fontanería. Ante la irregularidad y retrasos en el pago por parte del contratista, el subcontratista exigió se le pagase lo que llevaba instalado o de lo contrario suspendería las obras y no pondría más material. Intervinieron entonces los propietarios, a quienes urgía terminar la obra, diciendo al subcontratista que no parase las instalaciones y que ellos le pagarían como propietarios de las viviendas y locales; a tal efecto, habían modificado el contrato primitivo de 22 de abril de 1964, modificación que se reflejaba en el párrafo último de la cláusula cuarta: "Los señores González y Vicente, previa conformidad del señor Guillo—contratista—, podrán satisfacer directamente a la persona o personas que lo acrediten y reclamen, cantidades a cuenta de los expresados dos millones de pesetas, por razón de materiales, jornales u otros conceptos referentes a la obra mencionada". El subcontratista prosiguió y concluyó la instalación, demandando posteriormente a los propietarios, hoy recurrentes, en reclamación de la cantidad de que por aquel concepto se consideraba acreedor.

4. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *No basta citar el número del artículo 1.693 de la LEC, en el que se ampara, sino que es inexcusable, además, señalar el precepto legal vulnerado y la resolución causante de tal vulneración, lo que no hizo el recurrente, que se limita a manifestar que se ha incidido en el supuesto previsto en el número 2.º del artículo 1.693 de la LEC., sin determinar cuál es el precepto legal que se supone quebrantado al reconocer al presidente de la Delegación Provincial de Burgos la representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.* [S. de 7 de marzo de 1970; no ha lugar.]

NOTA: El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, a través de su Delegación Provincial en Burgos, reclamaba al demandado cierta cantidad que, en concepto de honorarios era debida por éste a uno de sus colegiados, el cual no resulta claro de los autos si había fallecido con anterioridad (así lo alegaba el recurrente) o posterioridad al momento de iniciarse la reclamación. El demandado, hoy recurrente, alega en su recurso que la Sala sentenciadora ha incurrido en quebrantamiento de forma al reconocer indebidamente al presidente de la Delegación Provincial de Burgos la representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. Combatiendo la tesis del recurrente, la Sentencia del Tribunal Supremo contiene las siguientes afirmaciones: 1) en el 5.º *Considerando*: "porque los Estatutos de los Colegios de Arquitectos de España, aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931, ratificados con fuerza de Ley por la de 4 de noviembre del mismo año, dispone: a) Que los Colegios vienen obligados a cobrar sus honorarios "por intermedio de los Colegios (art. 8.º); b) Que las Juntas de Gobierno de dichos Colegios "asumen la plena administración" de ellos (art. 18); c) Que las Juntas de Gobierno de las Delegaciones Provinciales "actuarán como auxiliares de las Juntas de Gobierno y en su representación" (art. 34). 2) En el 6.º *Considerando*: que el demandado ha reconocido la personalidad del presidente de la Delegación Provincial de Burgos al suscribir, juntamente con el Arquitecto, los impresos en los que se estipulan los encargos de los trabajos profesionales a dicho Arquitecto "y consiguientemente no puede negar ahora en el proceso la personalidad que, fuera de él, le había reconocido al aludido presidente". 3) En el 7.º *Considerando*: "... porque la representación que a tales efectos se confiere a los Colegios y a las Delegaciones Provinciales es de carácter legal y subsiste aún después de fallecido el Colegiado".

De todas estas afirmaciones, resulta aventurada y sorprendente la última, especialmente transcrita. En primer lugar, por la forma de su expresión, pues cabe preguntarse ¿qué representación, sea voluntaria o legal, subsiste como tal representación aún después de fallecido el representado? Debe acaso

entenderse que la sentencia quiere referirse aquí a las llamadas por la doctrina gestiones en curso en el supuesto de que, extinguida la representación, el representante haya de continuar en el ejercicio de sus funciones; pero se afirma entonces que tal continuación no tiene carácter representativo, sino que se trata sólo de gestiones derivadas de la anterior representación (cfr. ALBALADEJO, "El negocio jurídico", Barcelona, 1958, p. 374). En segundo lugar, llama la atención esa atribución de una representación legal a los Colegios de Arquitectos para el cobro de honorarios correspondientes a los Colegios, cuando una afirmación tan fuerte se obtiene fundamentalmente sobre la base, tan poco firme como necesitada de cautelosos análisis, que se deriva de la expresión legal "vendrán obligados, por intermedio de los Colegios, a hacer efectivos los honorarios...", contenida en el artículo 8 de los citados Estatutos. Base que aún parece más débil si tenemos en cuenta, en una simple lectura, el artículo 8 del Reglamento orgánico para el cobro de honorarios profesionales del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, aprobado por O. M. de 11 de marzo de 1936, en cuyo párrafo primero se establece que "en el caso en que hubiera que recurrir a procedimiento judicial para el cobro de honorarios profesionales y el colegial así lo desee, el Colegio llevará su tramitación, si lo informa favorablemente la Asesoría jurídica". En último término, si de una verdadera representación legal se trata, habrá que responder a la siguiente pregunta: ¿Está, como consecuencia de ello, restringida la capacidad jurídica del Arquitecto colegiado?

En fin, es de lamentar que tan interesantes pronunciamientos no puedan ser considerados constitutivos de doctrina, por cuanto la única "*ratio decidendi*" del fallo desestimatorio fue la de carácter formal arriba extractada, con lo que no cabe atribuirles más valor que el de meros "*obiter dicta*".

5. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: PRUEBAS DENEGADAS: DEFECTOS DEL RECURSO: *No puede prosperar el recurso: a) porque no basta citar el número del artículo 1.693 LEC en que se funde, sino que es asimismo necesario que se cite el precepto legal infringido; b) porque, si bien uno y otro Tribunal denegaron la práctica de alguna de las diligencias probatorias propuestas, en su virtud no puede ampararse el recurso en el número 3.º sino en su caso en el número 5.º del artículo 1.693 LEC; c) porque no se intenta demostrar que pudo producir indefensión la denegación de los oportunos medios de prueba, como requiere el precepto invocable, siendo dicha denegación no sólo posible, sino necesaria, por contener el artículo 566 LEC un mandato imperativo dirigido a los Jueces y Tribunales en los supuestos que contempla.* [S. de 24 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

V. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL

1. COMPRAVENTA VINCULADA Y DONACIÓN ENCUBIERTA: *Declarado por el Tribunal "a quo" que la escritura pública de venta envuelve una donación que resulta nula por incumplimiento de condiciones, es superflua la alegación de la infracción de los artículos 618, 619 y 1.274 del C. c., así como de la doctrina constante de esta Sala en el sentido de que, con arreglo al artículo 623 del C. c., no ha podido existir donación al faltar el requisito esencial de la aceptación, toda vez que ello sólo conduciría a proclamar la nulidad absoluta del acto realizado, con idénticas consecuencias* [S. de 22 de abril de 1970; no ha lugar.]

2. SIMULACIÓN ABSOLUTA DE COMPRAVENTA: *Declarada categóricamente por la Sala sentenciadora la simulación absoluta de la venta, no pueden prosperar los motivos del recurso que, haciendo supuesto de la cuestión, parten de la existencia real de una donación "inter vivos" disimulada bajo la apariencia de una compraventa, ni tampoco el motivo que alega la infracción del artículo 1.282 del C. c., pues obvio es que huelga toda interpretación de un contrato inexistente.*

PRUEBA DE LA SIMULACIÓN: *La afirmación de la Sala no puede quedar desvirtuada por la manifestación de la vendedora en su testamento de que sin la escritura de venta discutida trató de preparar el acceso de las fincas al Registro de la Propiedad, pues no se patentiza la veracidad intrínseca de esta manifestación ni, aún menos, que los bienes debatidos fueran transmitidos a la recurrente "donandi causa". [S. de 29 de noviembre de 1969; no ha lugar.]*

NOTAS Es frecuente que las compraventas simuladas lo sean sólo relativamente, envolviendo una donación "inter vivos" disimulada que, si recae sobre inmuebles, se estima nula, según reiterada doctrina jurisprudencial, por defecto de forma. No obstante, las posibilidades prácticas son muy diversas y en las dos sentencias reseñadas se recogen dos distintos supuestos. sí, en la primera, lo disimulado era sí una donación "inter vivos", pero ésta se estima ya nula por incumplimiento de condiciones con arreglo al artículo 647. (Se trataba de una viuda labradora, sin ningún pariente próximo, que transmitió todos sus bienes a unos vecinos con la condición de que la recogieran en casa de éstos y le pagarán una modesta pensión.) En la segunda sentencia, el T. S. parte del hecho de no existir ningún contrato disimulado: se trataba de crear una simple apariencia de compraventa en favor de una futura heredera o legataria. Pero la vendedora cambió de parecer en su último testamento y dejó todos sus bienes, incluso los aparentemente vendidos, a otras personas. Podría, pues, sostenerse a lo sumo que la venta encubría una donación "mortis causa", la cual, a su vez, resultaba nula, según la doctrina mayoritaria, por defecto esencial de forma.

3. INTIMIDACIÓN: SUS NOTAS: *La intimidación ha de consistir en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurran en el intimidado, y no en un temor leve, y entre ellas y el consentimiento ha de mediar un nexo eficiente de causalidad.*

INTIMIDACIÓN: SU PRUEBA: *Los hechos que la originen son de la libre apreciación de la Sala de instancia y únicamente atacables por la vía del número 7.º del art. 1.692 de la LEC y, en todo caso, la intervención del Letrado del recurrente en la redacción del documento combatido excluye la idea de la pretendida intimidación. [S. de 21 de marzo de 1970; no ha lugar.]*

4. COMPRAVENTA SIMULADA: INEXISTENCIA DE PRECIO: *Para rebatir esta afirmación de la Sala no basta alegar la infracción del artículo 1.218 del C. c. porque las partes declararon en la escritura pública la existencia del precio confesado, toda vez que la verdad intrínseca de esta declaración no resulta amparada por la prueba plena de la fe notarial, antes, al contrario, es susceptible de ser desvirtuada por otros medios.*

NEGOCIO DISIMULADO: PRUEBA: *Con arreglo al artículo 1.276 del C. c. el negocio disimulado debe ser probado y no basta la alegación de que existía una donación encubierta, cuando el juzgador de instancia declara que la intención de los otorgantes era crear una apariencia de compraventa que sirviera en su día para eludir los elevados tipos impositivos de la sucesión "mortis causa".*

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *No puede denunciarse esta infracción sobre la base de que los bienes reclamados al recurrente los ha donado a sus nietos, cuando los documentos que justifican esta transmisión y consiguiente situación jurídica de los pretendidos donatarios no han tenido entrada eficaz en el proceso. [S. de 30 de abril de 1970; no ha lugar.]*

5. DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: CERTIFICACIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: *Las certificaciones del Registro, no obstante su carácter de documento público, sólo hacen fe con autenticidad jurídico-procesal con referencia al hecho de la inscripción, pero no respecto del contenido de las manifestaciones que se hayan hecho en los documentos que las causen; y, en el caso presente, aun cuando estuvieran investidas de la autenticidad exigida, lo cierto es que no se oponen por sí mismas a los hechos sentados por los juzgadores de instancia.*

ARTÍCULOS 34 Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA: CUESTIONES NUEVAS: *Respecto de estos artículos no se suscitó cuestión alguna en el proceso, aparte de que el concepto de tercero no concurre en el adquirente y la acción contradictoria del derecho inscrito no juega cuando el asiento no es contradictorio con lo establecido en la sentencias, ni la acción ejercitada origina disparidad ni oposición con el título.*

CUESTIÓN NUEVA: *La relacionada con la venta de cosa ajena, no discutida ni alegada en la "litis", no puede ser examinada en casación. [S. de 15 de abril de 1970; no ha lugar.]*

6. CONTRATO DE CORRETAJE ASUMIDO POR AGENTE DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: *El contrato de corretaje, mediación o comisión, por el que un Agente de la Propiedad Inmobiliaria asume el compromiso de facilitar y concertar la venta de una finca propiedad de otra persona está regulado específicamente por el Reglamento de 6 de abril de 1951, pero exige que se cumplan los requisitos que en él se establecen, especialmente la forma concreta señalada en su artículo 12, que aquí no ha concurrido.*

CONTRATO DE CORRETAJE: REGULACIÓN LEGAL SUPLETORIA: *Ello no significa que los vínculos creados carezcan de regulación legal y viran al margen de lo jurídico, puesto que habrá que aplicar las normas que el C. c. dedica al contrato de mandato, a partir de su artículo 1.709.*

REVOCACIÓN Y ABONO DE LA COMISIÓN: *Dicho contrato queda extinguido, pues, por su revocación conforme a los artículos 1.732 y 1.733 del C. c., lo*

que no obsta, por supuesto, al derecho que al mandatario pueda corresponder para reintegrarse de los gastos efectuados y para ser indemnizado por los trabajos realizados, pero excluye, en cambio, el premio o comisión convenida cuando no se llega a consumir por el intermediario el conjunto total del encargo recibido. [S. de 16 de diciembre de 1969; ha lugar.]

7. IMPUGNACIÓN DE LEGITIMIDAD: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: Aunque el artículo 113 del C. c. no tenga una redacción demasiado feliz, hay que entender, conforme a la doctrina de las SS. de 24 de enero de 1947 y 14 de octubre de 1963, que el hecho de que el nacimiento se haya inscrito en el Registro civil no obliga a contar el plazo desde la inscripción pues el hecho de ser público este Registro no lleva consigo necesariamente el conocimiento de las inscripciones que en él se practiquen.

CÓMPUTO DEL PLAZO: OCULTACIÓN FRAUDULENTA: Estando el marido ausente y no habiéndole comunicado nunca la esposa ni su estado de embarazo, ni el alumbramiento, ni la existencia posterior del niño nacido, es forzoso contar el plazo de caducidad de la acción, no desde la fecha de la inscripción de nacimiento, sino desde el día en que el actor tuvo conocimiento de aquel nacimiento.

PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD: SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES: Como declara la S. de 16 de abril de 1969, aunque la separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, como ésta puede destruirse por la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, no cabe duda de que si, después de separados convencionalmente y transcurridos los plazos legales, ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad probando la separación que impedía el débito conyugal, y la mujer, sostenedora de la legitimidad, habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido, a cuya conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia con un criterio progresivo.

PRUEBA DE LA SEPARACIÓN: MEDIDA PROVISIONAL ACORDADA JUDICIALMENTE: Probadamente por el marido la separación de hecho y declarado así por el Tribunal "a quo", sin impugnación eficaz en el recurso queda cumplida la prueba que exige el párrafo 2.º del artículo 108 del C. c., aparte de que debe estimarse subsistente la medida provisional de separación judicial acordada por el Juez civil, no obstante el desistimiento de la causa canónica por adulterio, que inició la esposa. [S. de 21 de abril de 1970; no ha lugar.]

8. LITIS EXPENSAS EN PLEITO DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL: Con arreglo al nuevo artículo 68 del C. c. el abono de "litis expensas" decretado por el Juez es una medida provisional con vigencia limitada al tiempo que dure la sustanciación del proceso canónico o civil; es decir, mientras no recaiga resolución definitiva en el mismo; por tanto, el recurso de casación sobre esta decisión, del Juez, es improcedente conforme al artículo 1.729, 3.º, de la LEC, al no tener la sentencia recurrida el carácter de definitiva. [S. de 11 de mayo de 1970; no ha lugar.]

9. FACULTADES DEL CONTADOR PARTIDOR: PAGO DE LA LEGÍTIMA: *Los contadores partidores designados con las más amplias facultades pueden adjudicar bienes concretos a una legitimaria en pago de la legítima estricta y los demás bienes en proindivisión a sus coherederos, pues esta operación no vulnera la intangibilidad cualitativa de la legítima y es, además, en este caso, una consecuencia de la interpretación del testamento, para lo cual siempre está facultado el Comisario.*

ADQUISICIÓN DE BIENES POR USUCAPIÓN: CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL: *La alejación de la recurrente de que ciertos bienes incluidos en el cuaderno no son gananciales sino privativos por haberlos adquirido el causante "en virtud de prescripción, lograda en concepto de dueño por título hereditario", no ataca la parte disyuntiva del fallo, sino sólo unos fundamentos que no son la base esencial de aquél, y olvida que la sentencia declara probado que el causante cesó, aunque fuera brevemente, en la posesión de esos bienes en concepto de dueño, en virtud de reconocimiento efectuado vigente a el matrimonio, iniciándose nuevamente la prescripción a partir de esa fecha.* [S. de 31 de marzo de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Aunque no guardaba mucha relación con el punto discutido, pues lo que se debatía eran las facultades del contador partidor para apartar de la indivisión hereditaria a una legitimaria y la formación del cuaderno, y no el perjuicio cualitativo de la legítima, la sentencia aprovecha la ocasión para precisar la naturaleza de la legítima. "Dicha institución —dice— tiene la consideración de "pars hereditatis" y no de "pars valoris", es cuenta herencial y ha de ser abonada *con bienes de la herencia*, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales, como los artículos 829, 838, 840 y 1.056, párrafo 2.º, del Código civil".

10. PARTICIÓN POR CONTADOR DIRIMIENTE EN JUICIO VOLUNTARIO DE TESTAMENTARIA: *Como reconoce la doctrina de esta Sala, el artículo 1.061 del C. c. tiene más bien un carácter facultativo que imperativo, puesto que la formación de los lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza y valor de los bienes, su posible división y número de partícipes, y la posible igualdad a que se refiere el artículo no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta, por asignación a cada heredero en todos los bienes de la herencia.* [S. de 13 de junio de 1976; no ha lugar.]

11. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS: PROHIBICIÓN DE ENAJENAR SALVO CASO DE NECESIDAD: *La interpretación dada por el Tribunal "a quo", con arreglo a constante doctrina de esta Sala, ha de prevalecer, en principio, sobre la de la recurrente, máxime cuando la base fáctica de la sentencia recurrida descansa sobre la inexistencia de necesidad para la venta y este extremo no llega a atacarse eficazmente en el recurso.*

CUESTIÓN NUEVA: *No puede examinarse en casación, aparte de que la esgrimida se sustenta en bases de hecho distintas a las apreciadas por el Tribunal de instancia haciendo supuesto de la cuestión.* [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]

12. INCONGRUENCIA: *No puede prosperar el motivo que alega incongruencia del fallo, pero no acusa la infracción del artículo 359 de la LEC ni el concepto de tal infracción.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: PRUEBA TESTIFICAL: *El artículo 1.248 del C. c. es admonitorio y no preceptivo y contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales de instancia en uso de sus facultades privativas, no se da el recurso de casación.*

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: PRUEBA DOCUMENTAL: *El documento público notarial no acredita por sí mismo la veracidad intrínseca de las manifestaciones de los interesados y su exactitud no está protegida por la fe pública notarial, pudiendo aquellas manifestaciones ser desvirtuadas por la apreciación conjunta de todos los restantes elementos probatorios.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para acreditar tal error a efectos de casación no pueden ser tenidos como documentos auténticos los mismos que el Tribunal "a quo" examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo. [S. de 9 de abril de 1970; no ha lugar.]*

13. RECURSO DE CASACIÓN: SU ADMISIÓN EN ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: *No puede admitirse cuando la materia que es objeto de tales actos puede ser de nuevo ventilada en otro juicio; y esta circunstancia, que concurre en los testamentos ológrafos con arreglo al artículo 693 del C. c., ha de existir por analogía respecto de las resoluciones de las Audiencias, concediendo o denegando la protocolización del testamento en peligro de muerte hecho, sin intervención de Notario, de palabra o por escrito. [S. de 9 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

VI. Colaboración de Juan de Dios DOVAL MATEO

1. CASACIÓN: COSA JUZGADA MATERIAL: *Nuestro ordenamiento procesal concede tanta importancia a la cosa juzgada material que permite que al amparo del número 5.º del artículo 1.692 L. E. C. se pueda atacar la sentencia "cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio; la circunstancia de que en el referido artículo se establezca un caso especial de casación, para este supuesto, no quiere significar que, fuera de él, no pueda denunciarse, por la vía de su número primero, cualquier infracción de una norma sustantiva de las que regulan el instituto de la cosa juzgada material.*

IDENTIDAD DE LOS SUJETOS: CALIDAD: *No puede sostenerse que no exista la identidad de los sujetos que requiere la ley, por la simple circunstancia accidental de que los litigantes ostentan distinta posición procesal en ambos pleitos, porque la palabra "calidad" que emplea el artículo 1.252 Código civil*

no constituye sino un desdoblamiento del requisito de la identidad personal y no puede referirse a la calidad procesal que hayan asumido las partes, sino a la posición civil que hubieran ocupado, porque el cambio procesal de las partes no altera lo más mínimo la naturaleza de la acción ejercitada en uno y otro pleito. [S. de 26 de mayo de 1970; no ha lugar.]

2. QUERRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *No formalizado el recurso de quebrantamiento de forma con la necesaria claridad y precisión exigidas para su proposición por la Ley de Enjuiciar, este defecto le hace inadmisibile. [S. de 12 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

3. CASACIÓN: AUTO NO DEFINITIVO: *La resolución recurrida, lejos de cerrar el paso a la discusión del proceso, indica expresamente el medio procesal de hacerlo viable, subsanando el defecto advertido en la constitución de la relación jurídico procesal, lo que demuestra el carácter de no definitivo del auto, y por tanto, basta con ello para denegar la admisión del recurso, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.729, núm. 3.º, en relación con el 1.789, núm. 1.º, ambos de la Ley Procesal. [S. de 30 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

4. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *La Ley Procesal tiene en cuenta y trata con la debida separación las "causas" del recurso, artículo 1.691, y los "motivos" del mismo, artículo 1.692; por ello si el recurso se redacta citando el número 1 del artículo 1.691, pero no se cita el número del artículo 1.692 en que el mismo se halle comprendido, se habrá de entender que no se expresa el "motivo" del mismo, faltando a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.720, adoleciendo el recurso de falta de precisión. [S. de 21 de abril de 1970; no ha lugar.]*

5. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No es documento auténtico el que no hace prueba por sí mismo sin necesidad de interpretación. [S. de 7 de abril de 1970; no ha lugar.]*

6. CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *El ahora recurrente, variando la tesis de su defensa sustentada en sus escritos de contestación y dúplica, suscita una cuestión nueva, que no ha tenido en los periodos de alegación y discusión el debido y adecuado planteamiento, ni ha sido reflejada en la súplica de los expresados escritos, por lo que es claro que ha incidido en el defecto o causa de inadmisión prevista en el número 15 del artículo 1.729 L. E. C., vicio que en esta fase decisoria del recurso se convierte en causa de desestimación. [S. de 30 de abril de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: El hoy recurrente, en los escritos de contestación y dúplica mantuvo la tesis de inexistencia de sociedad civil, y el motivo del recurso lo ampara en el artículo 1.668 del Código civil: nulidad del contrato de sociedad por no haberse inventariado los bienes inmuebles aportados por él.

7. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El motivo, amparado en el número 4 del artículo 1.792 L. E. C., por infracción del artículo 359 del mismo cuerpo*

legal, el cual constituye la norma de carácter sustantivo, es necesario, conforme previene el artículo 1.720, citar el concepto de la infracción que se acusa.

ALEGACIÓN: INFRACCIÓN DE PRECEPTO PROCESAL: *El motivo está amparado en el número 1 del artículo 1.692 L. E. C., por no aplicación del artículo 1.489 del mismo cuerpo legal, el cual carece de naturaleza sustantiva y es constante la doctrina de esta Sala que declara que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo aquellos a los que la jurisprudencia ha reconocido sustantividad, no son aptos para servir de fundamento de un recurso por infracción de ley o de doctrina legal. [S. de 3 de julio de 1970; no ha lugar.]*

VII. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO

1. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRÁFICO: DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA: *La cuantía indemnizatoria, de algo tan grave como la muerte de una hija, no puede hacerse depender del resultado de un asesoramiento técnico, objetivo y frío, sino que el Tribunal habrá de atender al criterio que en orden a las circunstancias del caso llegue a formar, aunando la recta administración de la justicia con el cumplimiento de la Ley. [S. de 4 de julio de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: En el presente caso la cuantía de la indemnización por la muerte de una niña de seis años se fija en 300.000 pesetas, en concepto de seguro obligatorio. No parece que haya que entender la sentencia en el sentido de que no proceda la práctica de prueba pericial en caso de muerte, sino que su falta no impide la apreciación discrecional y ponderada del juzgador en orden a la determinación de la cuantía.

2. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL ATROPELLO DE UN NIÑO: CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: *Según declaración no impugnada de la Sala, el atropello se produjo exclusivamente por la inesperada, imprevisible e imprudente acción de la víctima, la cual, en unión de otros niños, había visto con antelación al vehículo y, aprovechando su paso, se colgó de una barra colocada en la parte lateral izquierda del camión, sin que el conductor, a pesar de guiar el vehículo con la máxima atención, pudiera percatarse de la travesura de los niños, pues, dada su situación en la cabina, ya no podía verlos por haberlos rebasado cuando la ejecutaron. [S. de 12 de junio de 1970; no ha lugar.]*

3. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: CÓMPUTO DEL PLAZO: *Abierto sumario por razón de accidente de automóvil, el dies a quo del plazo de prescripción de la acción civil no empieza a contarse a partir de la fecha de conclusión del mismo, la cual carece de relevancia procesal, por no ser firme hasta que el Ministerio fiscal haga constar la fórmula de "Visto", sino a partir de la fecha de notificación a la parte de la providencia que acusa la recepción del*

sumario y ordena su archivo; como quiera que tal notificación no aparece realizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1965 y la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 1966, es evidente que la acción no había prescrito. [S. de 8 de junio de 1970; no ha lugar.]

NOTA: El pleito acusa gran deficiencia de prueba, pues sólo constaba con claridad la fecha en que el Ministerio Fiscal había puesto el "Visto", que fue el 11 de diciembre de 1965, declarando el T. S. que la sentencia debiera hacer constar de manera expresa la fecha de notificación, así como la de presentación de la demanda. No obstante, de manera tácita y por pruebas indirectas es posible fijar las citadas fechas en la forma indicada. Por aplicación del artículo 1.214 C. c., la carga de la prueba del *dies a quo* del plazo de prescripción incumbe al demandado.

4. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA MASA DE ACREEDORES POR LA ACTUACIÓN NEGLIGENTE DE LOS SÍNDICOS: LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO CON LOS HEREDEROS DEL SÍNDICO FALLECIDO: *Basada la reclamación de daños y perjuicios en el artículo 1.365 de la L. E. C., con base en la supuesta existencia de una negligencia culpable en la administración del patrimonio de la quiebra, resultante, no de la actuación individual e independiente de cada uno de los sindicatos, sino en su actuación conjunta e indiscriminada de los mismos, es decir, de la Sindicatura en sí como órgano de la quiebra, resulta evidente el interés que en el pleito tienen los herederos del síndico fallecido, originándose un litisconsorcio pasivo necesario entre los sindicatos demandados y los herederos del síndico fallecido. [S. de 10 de abril de 1970; no ha lugar.]*

5. COMPETENCIA: CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RECLAMACIÓN CONTRA EL FONDO DE GARANTÍA COMO ASEGURADOR: *Aunque normalmente en los casos de culpa extracontractual rige el fuero del lugar de los hechos, en el caso debatido, por tratarse de una acción creada por la Ley de 24 de diciembre de 1962, y fundada en el artículo 15 del Decreto de 21 de marzo de 1968, la condición del organismo obligado al pago puede influir en la determinación del lugar de la competencia jurisdiccional; como la representación y defensa del Fondo de Garantía corresponde a los abogados del Estado, nunca puede entablarse acción contra tal organismo en localidad en que no exista Abogacía del Estado, y no existiendo ésta en Puigcerdá, ha de estimarse la competencia del Juzgado de Madrid, lugar donde, además, se requirió el pago, convirtiéndolo en sitio de cumplimiento de la obligación. [S. de 4 de julio de 1970.]*

Se trataba de un accidente causado por un vehículo propiedad del Patrimonio Forestal del Estado, matriculado P. M. M., asegurado en el Fondo Nacional de Garantía. Se ejercita la acción ejecutiva creada por la Ley especial, entablándose la demanda en Puigcerdá, lugar de comisión de los hechos. El Fondo plantea la cuestión de competencia por inhibitoria ante un Juzgado de Madrid, resolviéndose en su favor. Si la "ratio decidendi" es la necesidad de demandar al Fondo allí en donde existe Abogacía del Estado, es obvio que no podrá invocarse esta sentencia para fundar en todo caso la competencia de los Juzgados de Madrid en todos los casos en que el Fondo sea demandado, bien como asegurador directo, bien como asegurador subsidiario. Con todo, el criterio mantenido por esta sentencia, pese a no servir de base para constituir doctrina legal al recaer en cuestiones de competencia, tiene extraordinaria importancia práctica.

VIII. Colaboración de José PERE RALUY

1. PRUEBA DE HECHOS DE ESTADO CIVIL: *Respecto a la cuestión de si las referencias que en partidas sacramentales o del Registro se consignan ajenas al acto inscrito, tienen validez como prueba, ha resuelto la doctrina constante de esta Sala que las actas del estado civil sólo constituyen prueba del acto especial acerca del que el encargado del Registro puede certificar por su personal conocimiento y de la fecha de aquél, pero no de las declaraciones que contengan con relación a hechos distintos, para cuya demostración en juicio es indispensable otra prueba separada y concreta, es decir, que de tales declaraciones no puede certificar el encargado del Registro y se requiere otra prueba, cualquiera que sea, puesto que así lo autoriza el artículo 327 del C. c. [S. de 16 de junio de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Aunque es cierto que las referencias que en las que la Sentencia llama "actas del estado civil" —siguiendo una terminología no por tradicional menos impropia, sobre todo en la actualidad— se contengan, y que no afecten al núcleo del hecho inscrito no se hallan cubiertas por la fe pública registral, al menos con la cobertura especial que el Registro otorga a determinados hechos y circunstancias de los mismos —véase, por ejemplo, artículos 41 y 69 de la Ley del Registro civil—, es absolutamente incierto lo que se afirma de que las citadas "actas" —término que se emplea como equivalente a inscripciones registrales— sólo constituyen prueba especial del acto especial del que el encargado del Registro puede certificar por su personal conocimiento y de la fecha de aquél, pero no de las declaraciones que contenga con relación a hechos distintos; semejante doctrina, aplicada reiteradamente al valor de las actas notariales, es en absoluto inaplicable a las inscripciones registrales, que hace fe, no ya sólo de haberse formulado ante el encargado del Registro una reclaración de conocimiento, sino de la realidad del hecho declarado. La inscripción de nacimiento hace fe de que el nacimiento ha ocurrido en las circunstancias de lugar y tiempo que consten en el asiento y no sólo de que el declarante, en determinado momento, ha puesto en conocimiento del Registrador del estado civil el hecho del nacimiento. Lo que ciertamente no queda cubierto por la fe pública registral en la inscripción de un nacimiento serán los datos ajenos a la relación contenida en el artículo 41 de la Ley Registral, y así, por ejemplo, aunque en la inscripción de nacimiento de una persona conste la referencia al lugar de nacimiento del padre o al matrimonio del mismo, estos dos datos no quedan cubiertos por la fe pública registral emanada de la inscripción de nacimiento. Quizá quiso referirse a esto la sentencia objeto de la nota, y en el caso concreto enjuiciado, se negó acertadamente a la inscripción de nacimiento el valor de prueba privilegiada de circunstancias periféricas al núcleo cubierto por la fe pública registral, pero al hacerlo se utilizaron las expresiones de formulación poco afortunada y abocadas al confusio-nismo a que se refiere la presente nota crítica.

2. SINDICATOS: PERSONALIDAD: REPRESENTACIÓN: *Si bien al Jefe de cada Sindicato le corresponde la plena autoridad y responsabilidad de su dirección, "sólo le cabe representarlo" para el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, si el Sindicato tiene la cualidad de entidad sindical autónoma, precisando para ello la previa aprobación de sus estatutos, y por ello, si bien el Sindicato Nacional del Olivo se creó por Decreto de 5 noviembre 1940, si no aparecen aprobados los estatutos por los que ha de gobernarse, no puede reconocérsele dicha cualidad, ni consecuentemente a su Jefe o Presi-*

dente facultades representativas a los efectos del otorgamiento del poder al procurador que en su nombre comparezca en autos. [S. de 4 de julio de 1970; ha lugar.]

3. PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACIÓN DE CADA COPROPIETARIO PARA DEFENDER LA INALTERABILIDAD DE LOS ELEMENTOS COMUNES: *El hecho de que el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal confiera al Presidente de la comunidad la representación de ésta, en juicio, no es impeditivo de que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés, que ha de estar jurídicamente protegido, de su participación indivisa en los elementos comunes, según ya se sostuvo en S. de 28 abril 1966. Siendo indispensable para la modificación de la cosa común el consentimiento unánime de los copropietarios, si no se concediera acción a cada condueño para impugnar los actos realizados sin tal consentimiento unánime, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.* [S. de 23 de abril de 1970; ha lugar.]

NOTA: El demandado había realizado obras no sólo en su parte privativa, sino en parte que afectaba de forma esencial al elemento común, muro de fachada, sin obtener el consentimiento unánime de todos los condueños.

4. COMUNIDAD DE REGANTES: LEGITIMACIÓN DE LOS COMUNEROS: *El partícipe en una comunidad de regantes tiene capacidad para formular reclamaciones en beneficio de la comunidad y se halla legitimado para demandar en juicio el cumplimiento de los pactos.*

RECURSO DE CASACIÓN: CONFUSIÓN DE PLANTEAMIENTO: *Incide en confusión el recurso en que se engloba en un motivo el error de hecho y el de derecho.*

CASACIÓN: NECESIDAD DE CITAR LAS NORMAS QUE SE REPUTAN INFRINGIDAS: *Es causa de inadmisión y de desestimación la falta de cita de los preceptos de valoración de prueba que se reputan infringidos.* [S. de 28 de septiembre de 1970; no ha lugar.]

5. COMPRAVENTA: NATURALEZA JURÍDICA: TRANSMISIÓN DE DOMINIO: *El contrato de compraventa, según nuestro Código civil, no es un negocio real, sino consensual, creador de obligaciones, y no tiene por sí mismo virtualidad suficiente para transmitir el dominio si no se completa este título con el modo, o sea, con la tradición, para que la traslación de propiedad se consume.*

LEGITIMACIÓN PARA EL DESAHUCIO: RESPETO A LOS ACTOS PROPIOS: *La L. E. C. concede la legitimación activa para promover el juicio de desahucio, únicamente a los que tengan la posesión real y consiguiente derecho a disfrutar la finca, pero no puede olvidarse la reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que la excepción de falta de esta legitimación no puede válidamente invocarla el demandado que judicial o extra-*

judicialmente se la tuviera reconocida al demandante, obligando tal reconocimiento a los causahabientes de quien lo efectuó.

USUCAPIÓN: PRECARIO: *También a la prescripción extraordinaria del artículo 1.959 del C. c. es aplicable lo que dispone, con carácter general, el artículo 1.941 del propio cuerpo legal, y por tanto, el reconocimiento público de su carácter de precarista, por parte del ocupante, excluye la posesión a título de dueño porque el precario consiste en la posesión sin título o con título nulo o que haya perdido su validez, y además dicho reconocimiento interrumpe la posesión.*

JUICIO DE DESAHUCIO POR PRECARIO: SUPUESTA COMPLEJIDAD: *No introduce complejidad de ninguna clase el hecho de que en el mismo documento en que se reconoce la existencia del precario se establezca la obligación, por parte del dueño reconocido, de satisfacerle al precarista la cantidad de 1.500 pesetas por el desalojo voluntario. [S. de 19 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

6. INTERESES LEGALES: CANTIDAD ILÍQUIDA: *No cabe hablar de cantidad líquida a efecto del pago de intereses, si precisamente la materia del laudo objeto del recurso fue la práctica de la liquidación de la cantidad a pagar.*

ERROR DE HECHO: IMPUTADO A UN LAUDO: *No es admisible la alegación de error de hecho, basado, no en un documento auténtico a los efectos del recurso de casación, sino en los propios considerandos del laudo. [S. de 24 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

7. PRELACIÓN DE CRÉDITOS: CONCEPTO AMPLIO DE "SALARIO": *Según el artículo 37 de la Ley de Contrato de Trabajo, al que sin duda reenvía el precepto civil de prelación de créditos, dentro del concepto amplio de salario se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por razón del servicio o trabajo prestado, ya le sean entregados en mano, ya en forma diferida e incluso eventual—por haber sobrevenido un accidente, SS. de 23 septiembre y 3 octubre 1935—, sin que a ello se oponga el que el artículo 4 del D. de 21 septiembre 1960 segregue del salario determinadas retribuciones, pues ello se hace al efecto de determinar la base sobre la que han de girar las cuotas partes que lo incrementan.*

JUICIO DE TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: *En un juicio de tercera de mejor derecho no deben ser admitidas a discusión y resolución cuestiones ajenas a la preferencia de créditos, debiendo aceptarse, en cuanto a cuantía, lo resuelto por otras jurisdicciones, o relegarse, en su caso, las nuevas cuestiones que se propongan sobre ello para que puedan ventilarse en distinto proceso [S. de 29 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

8. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: PACTOS Y CLÁUSULAS CONTRACTUALES: *El artículo 1.255 C. c., sobre pactos cláusulas y condiciones contractuales, afecta a una fuente de obligaciones totalmente ajena al enriquecimiento injusto.*

CASACIÓN: SEPARACIÓN DE MOTIVOS: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, la acumulación de dos conceptos de infracción en un mismo motivo.* [S. de 18 de junio de 1970; no ha lugar.]

9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: COMPENSACIÓN DE CULPAS: *La coexistencia de culpas ha sido reconocida por la doctrina de la Sala I del T. S. al interpretar el artículo 1.902 del C. c., así como también las consecuencias compensatoria proporcional a la relación directa que las actividades culposas concurrentes hayan tenido en la producción del resultado. La cuestión del nexo causal es de exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora.* [S. de 18 de mayo de 1970; no ha lugar.]

10. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: COSA JUZGADA: *La sentencia dictada en un proceso de reclamación de los daños derivados de la muerte de una persona no produce la excepción de cosa juzgada respecto a una ulterior reclamación de los daños derivados de la muerte de otra persona ocurrida en el mismo siniestro, ya que falta la identidad de personas y causas.*

ACCIÓN: *Para determinar la naturaleza de la acción el juzgador ha de atender a la naturaleza y no al "nomen iuris".* [S. de 23 de mayo de 1970; no ha lugar.]

11. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS: CULPA NO EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA: *Para la exención total de responsabilidad del causante del atropello, según el artículo 39 de la Ley de Vehículos de Motor, es preciso que el hecho desgraciado sea debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado; y si de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida se deduce que el camión hizo marcha atrás para entrar en un nicho estrecho, dirigiendo la maniobra quien luego fue víctima, y que el conductor perdió de vista a quien dirigía la maniobra, y no obstante siguió marchando, atropellándole y causándole la muerte, hay que deducir que si la maniobra, como reconoce la Audiencia, era anormal, el conductor pudo negarse a hacerla, pues el conductor es quien debe decidir y responder de las maniobras que se le encomiendan, y el hecho de continuar la marcha cuando perdió de vista a quien dirigía la maniobra hace que no pueda exonerarse de culpa al conductor.*

ACCIONES CONTRA EL ASEGURADOR: *Aunque el artículo 42 de la Ley de Vehículos de Motor establece acción directa contra el asegurador hasta el límite máximo del seguro obligatorio, al haberse demandado a la Compañía aseguradora como responsable civil subsidiaria, concepto más favorable para el asegurador, procede condenarla en tal concepto, sin que pueda rebasar la cuantía del seguro obligatorio.* [S. de 17 de junio de 1970; ha lugar.]

NOTA: Aunque la sentencia de la Audiencia no declara probada la culpa del conductor, excluyente de la que de modo exclusivo se atribuía a la víctima, el T. S., realizando una acertada nueva valoración de los hechos que declaró probados la Audiencia, viene a estimar la concurrencia de culpas con los efectos que les son propios en la materia.

12. SUPUESTO CARÁCTER DE EMERGENCIA DE LA LAU: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *La doctrina científica y la jurisprudencia, de manera unánime, coinciden en estimar que la legislación de arrendamientos urbanos es un conjunto de disposiciones que limitan las facultades dominicales del propietario frente al inquilino o arrendatario, cuyas limitaciones vienen impuestas por circunstancias de emergencia y en aras de un fin social encaminado principalmente a mantener la vigencia indefinida de los contratos de arrendamiento en favor de los locatarios con una relativa congelación de rentas, vigencia indefinida que sólo puede ceder en determinados supuestos entre los que figura el de que el propietario necesite una vivienda para hacer de ella la morada propia o de algún familiar: por lo tanto se trata de normas derogatorias del principio de libertad del propietario frente a sus inquilinos, que tiene que ser interpretado en sentido restrictivo—odiosa restringenda—, y sólo cuando exista una disposición clara, concreta y determinante que establezca una derogación de alguna facultad de dicho propietario, podrá ser ésta estimada por los Tribunales.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE VIVIENDA: SELECCIÓN: INMUEBLES A QUE AFECTA: *La LAU de 1946 no impuso al propietario arrendador ninguna limitación en el supuesto de que tuviese varios inquilinos en diferentes edificios ubicados en la misma población, por lo que la jurisprudencia entendió que el criterio de selección que la ley establecía únicamente operaba con referencia al inmueble que el arrendador reputaba que contenía alguna vivienda apta para sus necesidades y que en cambio no jugaba tal criterio de selección frente a los inquilinos que habitasen en otros inmuebles de su propiedad; la LAU de 1956 se hizo eco de esta jurisprudencia en una norma que dio refrendo legal a la interpretación de los Tribunales; la Ley de 1964 eliminó dicha norma, sin dictar otra en su lugar que la sustituyera, aclarara o restringiera, quedando el texto legal sobre selección, en forma análoga a la de 1946, pero el T. S., al enfrentarse de nuevo con el problema tras la reforma de 1964, mantuvo en S. de 11 noviembre la antigua doctrina de que no hay precepto que obligue al propietario a operar sobre inmuebles determinados, doctrina que procede reiterar. [S. de 26 de junio de 1970; ha lugar.]*

NOTA: Es indudablemente acertado el criterio de la sentencia en orden a la selección, pero en modo alguno puedo compartir las afirmaciones de la resolución del T. S. sobre el pretendido carácter de emergencia de la LAU y la interpretación restrictiva de sus preceptos y mucho menos la coincidencia unánime que, según la sentencia, muestra sobre la materia la doctrina científica. Una vez más el Tribunal Supremo subestima las características de fondo y permanentes que concurren en la LAU y prescinde de la mentalidad de nuestra actual sociedad (muy distinta de la predominante en la época de la Codificación), a la cual parece aberrante el derecho de libre despido del arrendador, sean cuales sean las circunstancias de escasez o abundancia de viviendas. Hay resistencia, ciertamente, a aceptar el derrumbamiento de los añejos “dogmas” de la supuesta “libertad” contractual, pero quienes se hallan en contacto más directo con la moderna mentalidad de nuestra sociedad—y los órganos de instancia se hallan en general en condiciones más favorables para ese contacto, advertirán que el derecho de prórroga forzosa—con la contrapartida, eso sí, de una revalorización adecuada de las rentas—se halla ya indestructiblemente enraizada

en la voluntad popular. Por lo demás no es preciso acudir a interpretaciones restrictivas para afirmar el derecho de elección de inmuebles por parte del propietario mientras se siga manteniendo en la Ley—con todos sus múltiples inconvenientes—la denegación de prórroga por necesidad.

13. DESAHUCIO DE ARRENDAMIENTO COMPLEJO: COMPETENCIA OBJETIVA: *Si el contrato afecta, no a una mera cesión del uso y disfrute de la finca—solar—mediante renta pactada, sino que establece contraprestaciones de carácter económico, esencialmente la de que el arrendatario había de construir a sus expensas un cine-teatro que, al término del plazo pactado, pasaría automáticamente a la propiedad del arrendador, es materia que no puede ser debatida ante la jurisdicción del Juzgado Municipal, sino ante el de Primera Instancia, ya que dada su naturaleza integraba como fin esencial del contrato el ejercicio de una actividad industrial por parte del arrendatario.*

CUESTIONES COMPLEJAS EN EL JUICIO DE DESAHUCIO: *La complejidad de las cuestiones de la jurisprudencia declara incompatibles con los trámites estrictos del juicio de desahucio es la que surge de la naturaleza del contrato del que dimana el desahucio, y no la que crea el propio demandado con sus argumentos defensivos, pues de entender lo contrario bastaría la alegación por el demandado de fundamentos totalmente desprovistos de virtualidad para destruir la eficacia del juicio de desahucio dentro del cual pueden ser resueltas por el Juzgador.*

NOVACIÓN DEL ARRIENDO: *Las prórrogas del contrato de arriendo, manteniendo en todo caso las condiciones esenciales del mismo, con la exclusiva variación respecto al tiempo de duración del contrato y a la merced arrendaticia, no constituyen novación del mismo.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *Debe decaer el motivo que plantea una cuestión nueva. [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]*

14. DESAHUCIO DE ARRENDAMIENTO DE CÁNTERA: ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: *El arrendamiento de un complejo de canteras ha de considerarse como arrendamiento de industria, teniendo en cuenta que la ley de minas asimila la explotación de canteras a la de minas y lo dispuesto en diversas normas de la ordenación minera.*

CONGRUENCIA: PEDIDO EL DESALOJO, SE DA LUGAR, ADEMÁS, A LA RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO: *Alegada por el demandado la incongruencia, ya que habiéndose solicitado sólo el desalojo se condenó en la sentencia, además, a la resolución del arrendamiento, no cabe estimar que falte la congruencia, ya que la petición de desalojo por vencimiento de plazo lleva implícita la extinción del arrendamiento y, por otra parte, siendo el petitum una recopilación o resumen de cuanto en la demanda se articula, y habiendo girado el juicio en torno al vencimiento del plazo contractual, cuando ambas instancias otorgan el desalojo apoyándose en la propia argumentación empleada al razonar tal petición no puede hablarse de incongruencia entre lo pedido y lo resuelto. [S. de 4 de julio de 1970; no ha lugar.]*

15. **ARRIENDO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN:** *Demostrada en autos que con el local se arrendó la maquinaria en él instalada, componiendo toda una unidad patrimonial, consistente en un taller mecánico que venía funcionando como tal, con vida propia y destino específico, distinto del genérico del local y del que pudiera tener cada elemento material de la maquinaria aisladamente considerada, integrando una industria activa, puesto que funcionaba adecuadamente, el arrendamiento, de conformidad con el número 1, artículo 3 de la L. A. U., queda excluido de la L. A. U. —por ser arrendamiento de industria—.*

CASACIÓN: FORMALISMO DEL RECURSO: DENUNCIA DE INCONGRUENCIA: *Denunciada la infracción del artículo 359 L. E. C. —sobre incongruencia—, debe desestimarse el recurso acogido al número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C., ya que tal infracción debe denunciarse al amparo de los números 2, 3 o 4 del citado artículo. [S. de 18 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

16. **ARRENDAMIENTO DE SOLAR: DISTINCIÓN DEL DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: RÉGIMEN JURÍDICO:** *Es arriendo de solar el de un terreno sin edificaciones o a lo más con restos de alguna obra de un modesto taller mecánico, de carácter inhabitable; el solar está constituido por terrenos que carecen de edificaciones habitables con referencia al tiempo de celebración del contrato, sin que a efecto de la calificación del arriendo hayan de tomarse en consideración las edificaciones que por razón del destino realice el arrendatario por su voluntad y conveniencia, aunque debidamente autorizado para ello. El arriendo de solar hay que entenderlo excluido de la L. A. U., ya que si tal exclusión no se produce de modo expreso, hay que entenderla deducida implícitamente en razón de la naturaleza del objeto arrendado. [S. de 10 de junio de 1970; ha lugar.]*

17. **ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO:** *Aunque el encabezamiento del contrato hable de "local de negocio" y en la cláusula 7.ª del mismo se haga referencia al artículo 105 L. A. U., para la determinación de la fianza, hay que afirmar que el contrato es de arriendo de industria y no de local de negocio, si en el mismo se indica que el objeto del contrato es el "Bar XXX", comprendiendo todas las instalaciones, mobiliario y enseres que componen la instalación de dicho bar, de los que se hace relación en un inventario, y si lo cedido se hallaba en perfectas condiciones para la utilización inmediata, aunque no figurasen en la relación los productos propios de un establecimiento de tal género —bebidas y comestibles—, puesto que, dada su naturaleza fungible y consumible, no podían servir como objeto de un contrato de arriendo como el que aquí se celebró. No se opone a tal calificación el que posteriormente se produjera una novación modificativa del contrato por alteración del objeto, que pasó a ser un bar restaurante con más habitaciones y servicios que los primeramente contratados.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No puede basarse la alegación de un error de hecho en el propio documento objeto de interpretación para deducir el hecho impugnado.*

CASACIÓN: DEFECTOS PROCESALES: *Es un defecto de planteamiento del recurso el hecho de no citar el concepto en que se supone cometida la infracción.* [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]

18. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO DE LOCAL DESTINADA A CLÍNICA SANITARIA: *Si bien los apartamentos destinados a clínicas sanitarias no pueden, por lo general, ser calificadas como locales de negocio a efectos del artículo 1 LAU—SS. 8 febrero y 9 diciembre 1960, 21 abril 1961 y 2 febrero y 18 abril 1963—, gozan en cambio de dicha naturaleza jurídica cuando en ellos se ejerce, además de la actividad meramente profesional de su ocupante, otras distintas o de diversos órdenes, como las de internamiento de enfermos, quirófano, etc., siempre que estas últimas sean las preponderantes y que el conjunto de todas ellas constituya una unidad orgánica encaminada a un fin lucrativo—SS. 18 marzo 1957, 1 mayo 1959 y 6 diciembre 1962—.*

REQUERIMIENTO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *Circunstancias del mismo: Al afirmarse en el requerimiento, que el demandante desea ocupar los locales litigiosos por necesitarlos "al efecto de instalar en ellos los servicios de la clínica y sanatorio de su propiedad", se ha cumplido el requisito del artículo 65 de la LAU, de expresar la causa en que el propietario funda su derecho, porque en aquella frase va implícita la indicación de que su consultorio es insuficiente para el uso a que se destina y porque dicen las SS. de 10 julio 1952 y 26 septiembre 1962—basta que la referencia a la necesidad se haga someramente sin que sea preciso justificar ninguna circunstancia de detalle.*

NECESIDAD DE LOCAL DE NEGOCIO: *La pretensión de ocupar un local arrendado por ser insuficiente los que tiene a su disposición el propietario y no poder desenvolverse normalmente su industria, constituyen una verdadera necesidad.*

CIRCUNSTANCIAS QUE NO OBTAN A LA NECESIDAD: *Al éxito de la acción ejercitada no puede servir de obstáculo la circunstancia de que el reclamante "haya prescindido de algunos locales para convertirlos en vivienda de un médico que le presta ayuda en su clínica" por no concurrir en ella el elemento temporal ni aun el material u objetivo que para su aplicabilidad exige el último párrafo del artículo 63 de la LAU.* [S. de 8 de julio de 1970; ha lugar.]

NOTA: Ofrece indudable acierto la doctrina de la sentencia en cuanto a la calificación como local de negocio de los locales destinados a clínicas organizadas en forma de empresa. No puede, en cambio, extenderse tan favorable juicio a la afirmación de que un requerimiento, con expresión tan vaga de la necesidad como la realizada en el caso de autos, reúna las características mínimas de precisión exigidas por la LAU, sin dejar en la incertidumbre más completa al arrendatario; por otra parte, la apreciación de necesidad contra el criterio del órgano "a quo" y sin que de modo claro se hayan desvirtuado los presupuestos fácticos de la Audiencia, parece chocar contra el habitual criterio de respeto a los presupuestos fácticos establecidos por el órgano "a quo" finalmente, también hay que oponer

los más serios reparos a la doctrina del último párrafo, ya que con independencia del juego del artículo 63 de la LAU, no se advierte cómo se conjuga la pretendida necesidad con el hecho de que de los locales supuestamente insuficientes se segregara parte, para una finalidad que en modo alguno se ha probado sea necesaria a los efectos del destino principal.

19. EDIFICACIONES PROVISIONALES A EFECTOS DE LA LAU: CONCEPTO SEGÚN EL T. S.: *Según la doctrina de la Sala I no son datos exclusivos para la determinación de la provisionalidad de cierta edificación, ni la endeblez de los materiales empleados en su construcción ni la falta de intervención de elementos técnicos en ella, cobrando, en cambio, carácter relevante la inadecuación del edificio al lugar en que radica, la discordancia con los colindantes o con la ordenación urbana o con el valor de los propios solares o incluso con el destino.*

ABUSO DE DERECHO: *No puede afirmarse que lo haya si no consta que la actora haya ejercitado su derecho con la sola intención de dañar al recurrente o sin verdadero interés para tal ejercicio o que éste sea contrario a los fines económicos o sociales de aquel derecho.*

SUPPLICACIÓN: CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE NORMA: *Aplicada por la sentencia de instancia una norma, podría haberse denunciado la infracción de tal norma por aplicación indebida o por interpretación errónea, pero jamás por violación de la misma. [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]*

20. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: *El abuso de derecho supone un poder reconocido por el ordenamiento jurídico que se utiliza por su titular, no para satisfacer el interés reconocido en la norma, sino otro injusto, y por ello no protegido en el abuso de derecho no hay coincidencia entre el poder y el interés porque hay poder sin interés protegido. Cuando el poder coincide con el interés para el logro del cual fue concedido al titular del derecho subjetivo y se utiliza con dicha finalidad, no se puede hablar de abuso de derecho y sí de su uso normal.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Está en pugna con la dogmática formal de la casación, establecida en aras de la claridad y precisión—y es causa por ello de inadmisión y desestimación—, el invocar en un mismo motivo dos conceptos de infracción totalmente diferentes, como son la aplicación indebida y la interpretación errónea de un artículo. [S. de 12 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

21. LIMITACIÓN EN LA ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS ARRENDADAS: *El artículo 54 de la LAU identifica pisos con vivienda, y es a éstas solas a las que afecta la limitación en orden a la enajenación de un inmueble por pisos establecida en el artículo 54 de la LAU.*

CALIFICACIÓN COMO VIVIENDA: DATOS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y CATASTRO: *La calificación de vivienda en el Registro de la Propiedad y en el Catastro no tiene el mismo sentido diferenciador que tiene en la LAU.*

ABUSO DE DERECHO: *La doctrina del abuso de derecho tiene como finalidad la defensa de un interés patrimonial que no goza todavía de protección jurídica, y no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal.* [S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]

NOTA: En esta sentencia se estima que la calificación de un piso como vivienda en el Registro de la Propiedad no desvirtúa la calificación contraria realizada por el órgano de instancia con base en otros elementos de juicio.

22. **INTERPRETACIÓN DE CONVENIO TRANSACCIONAL SOBRE RENTA DE ARRIENDO SOMETIDO AL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 3, NÚMERO 2, DE LA LAU:** *Si en el contrato transaccional llegaron las partes a regular la renta del arriendo de los años 1962 a 1967, fijándola para el primero en 200.000 pesetas y en escala ascendente para los siguientes, hasta llegar "a partir del quinto año 1.º de abril de 1966 en adelante—" a fijarla en 224.000 pesetas, necesariamente se ha de entender que la señalada para éste había de ser la que regiría en el quinquenio que al término del mismo se iniciaba, con posibilidad, transcurrido dicho período de tiempo, de ser revisada por la Junta de Estimación conforme a lo dispuesto en el artículo 104 de la LAU; en relación a dicho período de tiempo hay que entender la cláusula de renuncia a la revisión pactada con la expresión de "con renuncia en lo menester, por esta sola vez.* [S. de 29 de mayo de 1970; ha lugar.]

NOTA: La parte demandada y la sentencia de la Audiencia entendieron, erróneamente, que a partir del final de la anualidad iniciada en 1 abril 1966 podía entrar en juego la revisión a cargo de la Junta de Estimación.

23. **SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "MORTIS CAUSA": DERECHO INTERTEMPORAL:** *La aplicación de la D. T. 8.ª, párrafo 2, de la LAU de 1956 y los artículos 4 y 2 del D. de 26 septiembre 1956 obligan a estimar que el propósito del legislador era que el arrendador conociese quién era el subrogado en el contrato, por lo que si sólo se hizo constar la subrogación de la viuda del inquilino, a ella sólo habrá de respetar la propiedad, ya que los que no hicieron notificación, pudiendo hacerlo, juntos o separados, no han adquirido titularidad a efectos de la transitoria que dejó vivas las subrogaciones colectivas de la Ley de 1946 al decir: "para notificar al arrendador cuál es la persona titular del arriendo a virtud de subrogación acaecida al amparo de la legislación precedente" y por no haberlo hecho les falta el requisito constitutivo de su titularidad arrendaticia.* [S. de 18 de mayo de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Conviene matizar el alcance de la disposición transitoria 8.ª de la LAU de 1956 y de los artículos 2 y 4 del D. de 26 septiembre 1956, ya que los términos literales de la anterior resolución inducen a confusión. Lo que quiso el legislador, con arreglo a los claros e inequívocos términos de las disposiciones citadas es que, efectivamente, quienes al tiempo de entrar en vigor la LAU de 1956, se consideraran arrendatarios por subrogación, individual o colectiva, surgida al amparo de la legislación anterior lo no-

tificarán al arrendador, a efectos de que éste tuviera conocimiento de la exacta titularidad de los arrendatarios; ahora bien, la falta de notificación *no producía el efecto de hacer perder a los subrogados su condición de arrendatarios, sino que impedía ulteriores subrogaciones en favor de personas que trajeran causa de quienes hubieren omitido la carga de notificar.*

24. FALLECIMIENTO DE UN SOCIO DE SOCIEDAD COLECTIVA ARRENDATARIA Y CONTINUACIÓN DEL NEGOCIO POR EL SOCIO SOBREVIVIENTE: *Al fallecimiento de uno de los socios de la sociedad regular colectiva, quedó extinguido el contrato de arrendamiento existente a favor de la compañía que ocupaba el local, por lo que el uso y disfrute del local por el demandado o por cualquiera otra entidad que de él traiga causa, a partir de entonces, constituye un traspaso. El párrafo 2.º del artículo 60 de la LAU se refiere a la muerte del arrendatario—persona física—del local y no al de la muerte de uno de los socios de la entidad arrendataria. [Implicitamente S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]*

25. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: DETERMINACIÓN DEL "DIES A QUO": *Si el arrendatario del local de negocio obtuvo tal titularidad a virtud de la adquisición en traspaso como consecuencia de juicio ejecutivo seguido contra el arrendatario anterior, y aunque la escritura de adjudicación se otorgara en una determinada fecha, sólo obtuvo la posesión judicial del local en fecha posterior, es esta última fecha la que debe determinar el punto de partida del plazo para determinar si el cierre se prolongó por el tiempo preciso para determinar la resolución.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS EN LA PORMALIZACIÓN DEL RECURSO: *Se opone a la claridad y precisión debidas el hecho de mezclar en un mismo motivo la cuestión de hecho y la de derecho; es improcedente invocar, con base en la causa 4.ª—error de hecho—, doctrina jurisprudencial sobre el fondo sólo invocable al amparo de la causa 3.ª. [S. de 4 de julio de 1970; no ha lugar.]*

26. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DE LOCAL DE NEGOCIO: INEXISTENCIA DE NECESIDAD EN CASO DE ABANDONO VOLUNTARIO DEL LOCAL ANTERIORMENTE OCUPADO: *Habiéndose acreditado, sin desvirtuación ulterior en el recurso, que si el actor desalojó el local donde venía explotando su negocio no fue por haberse visto compelido a ello, sino por haberlo traspasado al actual explotador del mismo, resulta claro que el deseo del actor, de establecerse en el local objeto de la denegación de prórroga, no responde a necesidad alguna, tal y como este concepto ha sido configurado por la conocida jurisprudencia de la Sala I, sino a mera conveniencia.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Ni los informes de la Guardia civil ni el certificado médico son prueba documental o pericial a efectos de la causa 4.ª de injusticia notoria. [S. de 2 de junio de 1970; no ha lugar.]*

27. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO PARA REEDIFICAR: DOCTRINA LEGAL SOBRE PRESUPUESTOS Y REQUISITOS: *La jurisprudencia ha venido perfilando y conso-*

lidando una unánime y reiterada doctrina que cabe condensar en las siguientes afirmaciones: a) La resolución del Gobernador civil autorizando la demolición tiene en sí plena eficacia para dejar libre el ejercicio de la acción ante los Tribunales civiles, y toda reclamación contra el acuerdo en vía administrativa no puede producir ningún efecto en el procedimiento civil; b) La notificación que ha de hacer el arrendador, una vez obtenida la autorización para demoler, a todos los arrendatarios del inmueble afectado, en las condiciones del apartado 2.º del artículo 78 LAU, tiene el carácter de definitiva y no puede ser afectada por los recursos que en vía administrativa o contencioso-administrativa se puedan interponer contra la autorización concedida por el Gobernador; c) Que si bien ello supone una marcada diferencia con lo establecido en los casos de expropiación y ruina en los que las autorizaciones y acuerdos gubernativos han de quedar firmes para que las acciones resolutorias queden expeditas, tal diferencia la establece adrede la Ley en atención a la especial naturaleza de esta acción denegatoria de prórroga que, por sí no implica la resolución forzosa de los contratos, sino su mera suspensión hasta que pueda tener efectividad el derecho de retorno; d) En definitiva, los perjuicios que, en algún caso particular, pudieran inferirse por la inmediata eficacia del acuerdo gubernativo y en atención a que el mismo cabe que sea posteriormente invalidado, a virtud de recurso, podrán ser resarcidos en el oportuno juicio civil por quien resulte responsable de los mismos.

PLAZO PARA LA INICIACIÓN DE LAS OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN: En cuanto a la fecha de comienzo de las obras, basta con referirse a un acontecimiento determinado del que dependa, sin que haya necesidad de señalar un día fijo, puesto que aquéllas no se pueden realizar hasta que no se desocupa totalmente la finca, lo que no depende tanto de la voluntad y actos del arrendador como de los de los arrendatarios que, con su resistencia, pueden hacer inoperante la expresión anticipada. [S. de 9 de junio de 1970; ha lugar.]

28. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO PARA REEDIFICAR: "DIES A QUO" DEL PLAZO DE REEDIFICACIÓN: Aunque el artículo 78 LAU hace referencia al "día" en que se proyecte iniciar la demolición y a la "fecha" en que han de ser iniciadas las obras, tal precepto no puede entenderse aisladamente, sino que hay que complementarlo con el párrafo 1.º el artículo 80, en el que se dispone que las obras de demolición habrán de iniciarse dentro de los dos meses siguientes a ser desalojada totalmente la finca, con lo que ambos preceptos se complementan en su verdadero sentido, que es el de la imposibilidad de señalar "a priori" un día fijo en que hayan de iniciarse las obras de demolición, puesto que depende del evento—ajeno a los designios del arrendador—de que quede totalmente desalojada la finca.

EJECUTORIEDAD DE LA AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA: La decisión gubernativa es ejecutoria a efectos civiles, por así declararlo la literalidad del texto al hablar de "sin ulterior recurso".

DOCTRINA LEGAL: UNICIDAD DE SENTENCIA DEL T. S.: Una sola sentencia del T. S. no basta para constituir doctrina legal cuya infracción deba dar lugar

a la casación de la resolución que la vulnere. No hay inconveniente en que una Sala de instancia, en caso de dudosa interpretación, de una norma, siga la exégesis hecha por el Tribunal de Casación, aunque tal exégesis no se haya reflejado más que en una sentencia siempre que no aparezca contradicha por otras que resuelvan en sentido opuesto. [S. de 24 de abril de 1970; no ha lugar.]

29. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO PARA REEDIFICAR: PLAZO DE DESALOJO DEL LOCAL A EFECTOS DEL DERECHO DE RETORNO: *La determinación del plazo de que dispone el locatario para desalojar la finca arrendada a efectos de lo prevenido en el artículo 81 de la LAU no se halla sustrato en absoluto a la autonomía de las partes, pues si bien es cierto que lo está en cuanto a su límite mínimo, no ocurre lo mismo con el límite máximo, en el posible caso de que no coincida con el mínimo, ya que tratándose de un plazo establecido en beneficio del locatario, la concesión por el arrendador de un plazo determinado superior al de un año armoniza plenamente con el artículo 6 de la LAU. No es necesario que el arrendatario realice el desalojo dentro del año siguiente al día de la notificación prevenida en el artículo 78, número 2, de la LAU, si lo efectúa, bien dentro del plazo superior concedido espontáneamente por el arrendador, bien dentro del periodo de prórroga del mismo convenido por las partes.*

DOCTRINA LEGAL: *Una sola sentencia no constituye doctrina legal.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIÓN NUEVA: *No puede abordarse en el recurso.* [S. de 30 de septiembre de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Conviene leer íntegros los "considerandos" de esta notable sentencia en que se realiza un completo resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

30. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: ABUSO DE DERECHO: *Si el actor al ejercitar su acción utiliza el derecho de resolución que le concede la LAU para construir nueva casa dedicada a viviendas que contribuya al desarrollo del ensanche de la ciudad contando con la oportuna autorización administrativa, no cabe estimar que exista la finalidad estrictamente abusiva que se alega, y permite estimar un interés individual y social ciertamente en contraste con el del recurrente, pero sin duda alguna digno de tutela.* [S. de 2 de octubre de 1970; no ha lugar.]

31. CONVERSIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN ANÓNIMA QUE SE REPUTA CONSTITUTIVA DE TRASPASO: *La transformación de una sociedad de responsabilidad limitada arrendataria del local, convirtiéndola en anónima al efecto exclusivo de dar cumplimiento a la D. T. 3.ª de la Ley de 17 julio 1951, no puede tener la consideración legal de traspaso no sólo porque su artículo 114 declara que tal transformación no afectará a su personalidad que continúa siendo la misma, como lo son su naturaleza de sociedad de tipo capitalista, su patrimonio y su objeto o fin social, sino porque así lo*

dispone el artículo 31 de la LAU. La Sala I en numerosas sentencias en las cuales se contemplaban casos en que la transformación de la sociedad de responsabilidad limitada en anónima se hizo con anterioridad a la promulgación de la Ley de 1951, mantuvo la invariable y rigurosa doctrina de que no cabe admitir la transformación voluntaria de un tipo de sociedad en otro, defraudando con ello los derechos que la ley concede al arrendador en caso de traspaso, doctrina que es igualmente válida en el actual estado de la legislación, que no ha hecho otra cosa que elevar a precepto legal esta doctrina, en el artículo 31 LAU. Al verificarse simultáneamente la conversión de la sociedad de responsabilidad limitada en sociedad anónima con aumento de capital, ha de estimarse que ello, esto último, no se hizo por mandato de la ley, sino por voluntad de los socios, y ello es determinante de cesión. [S. de 16 de junio de 1970; no ha lugar.]

NOTA: La poco, por no decir nada, convincente doctrina del Tribunal Supremo respecto a que el cambio de forma de una sociedad entraña un traspaso, aunque la voluntad de los socios al operar la transformación haya sido la de que continúe la personalidad del ente social, se ha basado en un doble fundamento: una interpretación en demasía literal del artículo 31 de la LAU (en la que no se advertía: que la ley no puede mudar la naturaleza de las cosas, y que no puede haber traspaso si hay identidad de personalidad jurídica y que el artículo 31 puede interpretarse como referido a los casos en que haya, además de cambio de forma, extinción de la primitiva sociedad para formar otra), y la consideración de que la transformación de una sociedad personalista en otra de tipo capitalista suponía una alteración económica fundamental en la persona arrendataria que no podía realizarse a espaldas del arrendador—sin pagarle su participación en el traspaso—. Ahora bien, ese argumento sobre la debilitación de las garantías del arrendador, al ver cambiada la sociedad personalista arrendataria, por una capitalista, se volatiliza cuando se trata del cambio de forma de una sociedad limitada en una anónima, ambas capitalistas, y si además se tiene en cuenta que la nueva sociedad supone un aumento de capital, la tenue base de tipo económico que sustenta la tesis del traspaso se volatiliza totalmente; así lo debió entender, sin duda, el Juzgado de 1.ª Instancia que, acertadamente a mi juicio, desestimó la demanda contra el criterio luego mantenido por la Audiencia y el T. S.

32. ASOCIACIÓN FAMILIAR CONSTITUTIVA DE TRASPASO: SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *Dada la acepción genérica que tiene el término "asociación" utilizada por el artículo 31 de la LAU—al regular las asociaciones familiares cuya constitución no supone traspaso—, han de entenderse comprendidas en él, no sólo a las sociedades de hecho o simples comunidades, carentes de personalidad jurídica, sino también a las que las tienen distinta de la de sus asociados, siempre y cuando conserven la nota personal, cual acontece con las sociedades colectivas, pero no puede entenderse que ocurra lo propio por lo que respecta a las sociedades de tipo capitalista, que es al que pertenecen las de responsabilidad limitada. La sustitución de la asociación familiar por la sociedad de responsabilidad limitada en el use y disfrute del local implica para el arrendador un cambio en la persona del arrendatario deudor. No se puede aceptar la tesis según la cual el traspaso se operaría no al constituirse la sociedad, sino al transmitirse las participaciones sociales a extraños. [S. de 25 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

33. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: TRANSFERENCIA DE ACCIONES DE UN SOCIO A OTRO EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA: *Es criterio constante de la Sala I que en las sociedades de tipo capitalista la transmisión de acciones de unos a otros socios, por no afectar a la personalidad social, que sigue siendo la misma, no constituye cesión, traspaso ni subarriendo, porque la sociedad y su responsabilidad frente al arrendador no varía, por lo que la venta de acciones de un socio en favor de otro no es causa de resolución del arriendo otorgado en favor de la sociedad anónima.*

“NUMERUS CLAUSUS” DE CAUSAS DE RESOLUCIÓN ARRENDATICIA: *La venta por un socio a otro de sus acciones no constituye causa de resolución, aunque se haya pactado en el arriendo la terminación del mismo, si alguno de los socios de la anónima arrendataria dejaba de pertenecer a la sociedad, ya que la resolución del arriendo sólo cabe por las causas del artículo 114 de la LAU, entre las que no se halla el hecho constituido por la citada enajenación.* [S. de 2 de mayo de 1970; no ha lugar.]

34. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: CESIÓN DE PORCIONES INDIVISAS DE COMUNIDAD: TRANSMISIÓN DE CUOTAS DE COMUNIDAD: *Si bien la cesión de porciones indivisas de una comunidad hereditaria, antes de realizarse la partición de bienes, no es causa resolutoria del contrato de arrendamiento, según tiene reiteradamente declarada la Sala I, la transmisión a título oneroso de cuotas de dicha comunidad, aun cuando sea hecha a favor de un comunero, si es constitutiva de ella, puesto que el comunero adquirente ya no lo es a título hereditario, sino por transmisión “inter vivos”, cuyos efectos pueden ser absolutamente distintos.* [S. de 21 de abril de 1970; no ha lugar.]

NOTA: Se dice en la sentencia que el adquirente, de estado casado, compró para la sociedad de gananciales, dando entrada con ello en el disfrute arrendaticio a persona distinta de los herederos.

35. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO: CESIÓN DE VIVIENDA: EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ARRENDATARIA: *No puede calificarse de cesión la operada en el uso del local, pues para ello falta la persona del cedente, si el inquilino, la Fiscalía de Tasas, desapareció al suprimirse dicho organismo, ya que el cambio de usuario del local se operó tras el cese de dicho organismo. Por ello el arrendamiento carecía de titular, cuando el que había sido arrendatario carecía ya de personalidad para concertar contratos como la cesión del local, pues sólo la tenía para la liquidación, poniendo sus elementos en poder de la persona que le sucedió, pero no para concertar nuevos contratos. Si posteriormente pasó a ocupar la vivienda organismo distinto a la arrendataria desaparecida, se ha producido la introducción de tercero sin autorización, lo que determina la resolución del arriendo.*

INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIONES PROCESALES: *Si el recurso se apoya en la infracción de un presupuesto procesal impuesto por la LEC y se plantea al amparo de la causa 3.ª de injusticia notoria—infracción de ley—, debe ser desestimado, pues debió apoyarse en la causa 2.ª—quebrantamiento de*

formalidades causante de indefensión—[S. de 16 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

NOTA: El arriendo se había otorgado a la Fiscalía de Tasas; tras la extinción de ésta, ocupó el local la Delegación provincial del Servicio de Inspección de la Disciplina del Mercado. En la contestación a la demanda en que el arrendador ejerció la acción resolutoria se indicó que la ocupación del local por la citada Delegación se realizó en virtud de lo dispuesto en el D. de 26 de diciembre de 1963, según el cual el Servicio de Inspección de la Disciplina del Mercado utilizará el personal, locales y organización de la extinta Fiscalía Superior de Tasas. Se alegó también, en la contestación, la falta de citación a juicio del Ministerio de Comercio (por ser este organismo ocupante del piso, al desaparecer la Fiscalía de Tasas, entendía la parte demandada que debió haber sido demandado dicho Ministerio). La sentencia del T. S. acepta la tesis de que no existió propiamente hablando una cesión de vivienda—en cuyo caso hubiera sido preciso demandar al cesionario—, sino la simple extinción del arriendo por extinción de la personalidad del arrendatario, y por ello estima la demanda que se dirigió simplemente contra la Comisión liquidadora de organismos de la Presidencia del Gobierno. No resulta nada convincente el esfuerzo realizado por el T. S. para justificar la falta de citación de la entidad ocupante, ya que si, según su tesis, la persona arrendataria se extinguió, el actual ocupante sería, cuando menos, un precarista, que debió ser demandado, ya que por no traer causa del anterior arrendatario, no puede admitirse que haya de considerársele afectado por un pronunciamiento de condena referido al mismo.

36. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR ACTIVIDADES PELIGROSAS: RESULTADO PERNICIOSO QUE NO SUPONE QUE LA ACTIVIDAD SEA PELIGROSA: *Es doctrina reiterada de esta Sala, que no basta que se produzca un mero resultado peligroso para reputar peligrosa una industria, pues este resultado puede ser debido a un accidente fortuito de los que no está libre ninguna industria.*

RESOLUCIÓN A INICIATIVA DE LOS DEMÁS ARRENDATARIOS: *La petición de los inquilinos —los demás del inmueble—, aunque hubiera sido espontánea, no podría nunca ser determinante, por sí misma, de la causa de resolución invocada.*

ACTIVIDADES PREVISTAS EN EL CONTRATO DE ARRIENDO: *Es doctrina reiterada—véanse SS. de 28 febrero 1961 y 5 octubre 1968, entre otras— que habiéndose ajustado las actividades desarrolladas en el local al destino pactado en el contrato de arrendamiento, la aceptación del arrendador le inhabilita para convertir su propio consentimiento en base de la demanda. [S. de 5 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

37. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: CAMBIO DE VIVIENDA EN CENTRO DE ENSEÑANZA: *En la vivienda se puede ejercer la profesión colegiada con carácter accesorio, sin que este hecho quite a lo arrendado la condición de vivienda, que es lo principal; pero, en cambio, si sólo se ejerce tal actividad con fin lucrativo, cambiando lo que fue accesorio en actividad única, lo arrendado se convierte en local de negocio; si el local arrendado para vivienda se utilizó en principio como casa habitación y como sede del ejercicio profesional y posteriormente dejó de utilizarse como vivienda, sirviendo sólo para el*

ejercicio de enseñanza con fin lucrativo, se convirtió en local de negocio, operándose el cambio de destino, causa de resolución.

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: PRUEBAS ADMISIBLES: *El reconocimiento judicial por no ser prueba documental ni pericial no puede servir de base para demostrar el error con base en la causa 4.^a. [S. de 16 de abril de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: Ninguna objeción suscita la anterior sentencia en cuanto al fallo, pero sí conviene realizar alguna matización en cuanto a la fundamentación, ya que no es cierto, en términos generales, que el hecho de que una vivienda destinada a esta finalidad y al ejercicio de profesión colegiada, se destine luego sólo a esta última finalidad, suponga la conversión de vivienda en local de negocio; ello será así cuando la actividad profesional sea la de enseñanza con fin lucrativo asimilada a las actividades propias de local de negocio, pero no cuando la actividad profesional sea la propia de las llamadas profesiones liberales —despacho de abogado, médico, etc.—, no asimilables a la actividad comercial, ya que, según se deduce implícitamente de la LAU y confirma la doctrina y la jurisprudencia, el local destinado de modo exclusivo a las actividades últimamente indicadas —al menos cuando por su envergadura y características no revistan las características propias de una empresa, como ocurre en ciertas clínicas—, tiene la consideración de asimilado a vivienda.

38. JUNTAS DE ESTIMACIÓN DE LA LAU: NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LAS RESOLUCIONES DE LA JUNTA: *A las que la LAU llama "resoluciones" de la Junta de estimación es impropio calificarlas como laudos y equipararlas a las resoluciones judiciales, exigiendo la aplicación a las mismas del sistema de notificación procesal de las resoluciones judiciales, y ello porque el fallo de la Junta de estimación reviste el carácter de una peritación, porque carece de los recursos que se dan contra las resoluciones judiciales y porque, por su composición la Junta se acerca más a un comité paritario que a un Tribunal de Justicia. Si bien tales resoluciones pueden ser impugnadas, la LAU no establece forma determinada de notificación a efectos de la caducidad de la acción impugnatoria.*

NOTIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA: *Si bien a efectos de la caducidad de la acción impugnatoria ha de considerarse como válido cualquier tipo de notificación, si no se acredita que se haya notificado por la Junta, de modo auténtico, a varios de los integrantes de la comunidad hereditaria titular por subrogación del contrato de arrendamiento, la resolución de la Junta carece de eficacia ejecutiva, falta de eficacia que es estimable de oficio.*

PRESUNCIONES: CLASES: NATURALEZA Y EFECTOS: *Prescindiendo de las presunciones "iuris et de iure" porque en definitiva son preceptos constitutivos de derechos, las "iuris tantum" y las ordinarias tienen un carácter supletorio en defecto de pruebas directas que pueden destruir las primeras o hacer inútiles las segundas. Carece de eficacia la presunción "iuris tantum" del artículo 1.562 del C. c. cuando se declara probado que los daños enunciados proceden de la mera acción del tiempo, por ausencia de reparaciones de*

importancia, que incumben al arrendador. [S. de 18 de mayo de 1970; no ha lugar.]

39. COMPETENCIA TERRITORIAL: ACCIÓN PERSONAL: *Cuando no existe base, a efectos de determinar la competencia, para concretar la naturaleza jurídica de la obligación que liga a las partes, ni el lugar de su cumplimiento, si se ejercita una acción personal y no existe sumisión expresa o tácita, la competencia para conocer de la reclamación de cantidad ha de corresponder al Juez del domicilio del demandado. [S. de 24 de abril de 1970.]*

40. CUESTIONES DE COMPETENCIA: CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LAS DISPOSICIONES REGULADORAS: *Los preceptos que regulan las cuestiones de competencia, por ser de orden público deben ser rigurosamente observadas y la falta de cualquier requisito obliga a declarar mal formada la competencia: fundado el requerimiento de inhibición en la propuesta de pedido formulada por el demandado, que fija el lugar de cumplimiento de la obligación en la ciudad correspondiente al Juzgado que requirió de inhibición, si dicho Juzgado no dio por testimonio conocimiento de dicho documento al Juzgado requerido, fue éste privado de tal elemento de juicio para resolver sobre la procedencia o improcedencia de la inhibitoria entablada, defecto de forma que obliga a la Sala a declarar mal formada la competencia, reponiendo los autos al estado en que se produjo la falta, para que por el Juzgado correspondiente se subsane la omisión. [S. de 2 de febrero de 1970; no ha lugar.]*

NOTA: El rígido formalismo que la Ley procesal, más que en su letra, en el espíritu con que es interpretada por el Tribunal Supremo conduce a resultados incompatibles con las exigencias de simplicidad y celeridad que deberían ser las primordialmente imperantes en el proceso en todas sus fases; basta ver que en el caso decidido por la resolución a que se refiere la presente nota, la Sala I, aun teniendo todos los elementos de juicio para resolver sobre el fondo de la cuestión de competencia, no lo hace así, sino que hace retroceder el procedimiento al momento en que se cometió la infracción y contribuye a la ulterior prolongación de la cuestión litigiosa. Uno de los preceptos que más se echan de menos en nuestra actual legislación procesal es uno que disponga la imposibilidad de hacer retroceder el curso de los procesos y de declarar nulidades de actuaciones cuando tal retroceso o nulidad no sean absolutamente necesarios para mantener la igualdad de expectativas de las partes y que obligue a los órganos superiores a decidir los recursos o cuestiones de competencia, sean cuales sean las infracciones cometidas, si las mismas no restan al órgano decisor ningún elemento esencial de juicio para decidir, sin violación de los derechos fundamentales de las partes.

41. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: APRECIACIÓN DE OFICIO DE DEFECTO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL: *Según reiterada doctrina de la Sala I, aunque, en términos generales, el actor es árbitro para llevar al proceso a las personas que crea conveniente y para dejar fuera de él a las que le parezca, es indudable que para lograr el éxito de sus pretensiones ha de dirigir la acción contra todos y cada uno de los que tengan evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan resultar afectados por el fallo a dictar, ya que, de no proceder así, quedaría defectuosamente constituida la relación procesal y se produciría la falta del litisconsorcio pasivo nece-*

sario que habría que apreciar de oficio, porque los Tribunales no pueden pronunciarse respecto a cuestiones que afectan a quienes, no obstante no haber sido llamados al proceso, sean extensivas a ellos los efectos de la cosa juzgada. Probado que parte de los demandados habían fallecido cuando se presentó la demanda, no obstante lo cual se practicaron los emplazamientos como aún viviesen, es evidente que los causahabientes de estos demandados no intervinieron en el proceso, siendo indudable el interés de ellos dado el contenido objeto de la petición. [S. de 28 de febrero de 1970; no ha lugar.]

42. FALTA DE PERSONALIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN: Con arreglo a reiterada jurisprudencia, la falta de personalidad regulada en el número 4.º del artículo 533 LEC implica únicamente la carencia de capacidad procesal conforme al artículo 2 y siguientes, o la falta de justificación de la representación con que actúa, pero no afecta a la legitimación de los litigantes, por significar ésta un problema de fondo, vinculado a la falta de acción del otro contendiente para obtener el resultado pretendido en la demanda.

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: No puede prosperar un recurso basado en una cuestión no suscitada en el período expositivo del pleito. [S. de 27 de noviembre de 1970; no ha lugar.]

43. INCONGRUENCIA: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO ACEPTADA POR AMBAS PARTES EN LA PRIMERA INSTANCIA: CALIFICACIÓN DISTINTA REALIZADA POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN: Planteada la demanda como de desahucio de industria, sin que el demandado en su contestación impugnara tal calificación, si en el recurso de apelación, el demandado, modificando sustancialmente los términos de la litis, alegó que la naturaleza del contrato era la de arriendo de local de negocio, tesis que fue acogida por el órgano de segunda instancia, es preciso dar lugar al recurso de casación por no ser congruente la sentencia de apelación con los términos en que quedó fijado el debate en la contestación a la demanda, sin que quepa decir que la cuestión de procedimiento, al ser de derecho público, pueda ser apreciada de oficio, pues en lo que hubo conformidad en la demanda y contestación no fue en la clase de procedimiento a seguir—lo que, en su caso, pudiera haber sido invalidado—, sino sobre las características del contrato que les ligaba, cuestión sometida a la voluntad de ambos contratantes [S. de 2 de julio de 1970; ha lugar.]

44. CONGRUENCIA: SENTENCIA QUE CONCEDE MÁS DE LO PEDIDO POR ERROR MATERIAL: Si del conjunto de la sentencia se deduce que hubo error material de transcripción, como consecuencia del cual en el fallo se concedió una cantidad mayor que la pedida en la demanda, al no haberse solicitado en forma la rectificación y aclaración oportuna y alegada en casación la incongruencia por conceder más de lo pedido, la alegación es estimable y procede la casación.

VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: La apreciación conjunta de la prueba realizada por el órgano de instancia no es susceptible de fraccionamiento

atomizado en la fase de casación. [S. de 11 de junio de 1970; ha lugar en parte.]

45. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONGRUENCIA: *No puede sostenerse que sea congruente el fallo que resuelve en esencia las pretensiones deducidas, aunque a ellas no se ajuste literalmente. No contradicen lo resuelto las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a cabo una sentencia firme, pues asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretario, valiéndose para ello, si necesario fuera y como elemento de auténtica interpretación de las consideraciones que sirvieron de base y fundamento jurídico.* [S. de 7 de octubre de 1970; no ha lugar.]

46. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: CONGRUENCIA: *Propuesta la excepción de cosa juzgada en la contestación a la demanda, al acogerla el fallo de segunda instancia no incurrió en incongruencia por el hecho de que la sentencia de primera instancia no estimara dicha excepción, aunque absolviera de la demanda, ya que la sentencia de primer grado suprimió todo interés por parte del demandado para recurrir de la sentencia, aunque al apelar el actor, revivió el interés del demandado en que fuera estimada la excepción, como lo hizo la Audiencia sin incurrir en incongruencia alguna.*

CASACIÓN: FORMALISMO: *Es defectuoso el recurso en que se aducen dos conceptos distintos de infracción respecto a un mismo precepto legal sin la separación exigida.* [S. de 20 de junio de 1970; no ha lugar.]

NOTA: De esta sentencia parece deducirse que cuando una parte vence en la primera instancia, aunque se desestime una de sus excepciones, no es preciso que recurra para mantener viva, en la segunda instancia suscitada por la apelación de la adversa, la excepción desestimada; criterio indudablemente acertado, aunque no se compagina bien con el de otras sentencias que en supuesto similar —demanda en que se acumulan varias causas resolutorias, alguna de las cuales es desestimada en la primera instancia— obligan a la parte vencedora en la primera instancia a apelar o adherirse a la apelación para mantener viva, en ésta, todas las causas resolutorias esgrimidas.

47. CONFESIÓN EN JUICIO: ÁMBITO DE APLICACIÓN: *La confesión en juicio no la autoriza la ley más que entre los litigantes.*

CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FORMALISMO: UTILIZACIÓN DE RECURSOS PREVIOS: *Para que pueda prosperar el recurso de casación por infracción de ley es preciso que se cite el número del artículo 1.693 LEC en que se funde y el precepto legal infringidos No procede el recurso si no se utilizaron previamente todos los medios de defensa utilizables.* [S. de 3 de marzo de 1970; no ha lugar.]

Ejercitada una acción por el Banco de Valencia, la parte demandada solicitó que absolviera posiciones el director de una sucursal de dicho Banco.

48. DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA: *Con arreglo al artículo 503, número 2.º, de la LEC y doctrina jurisprudencial que la interpreta,*

solamente en el caso de que el litigante actúe en representación de alguna persona o corporación o de que el derecho que reclama provenga de habérselo transmitido por herencia o por cualquier otro título, ha de acompañarse necesariamente a la demanda o contestación el documento o documentos que acrediten el carácter con que se presenta en juicio. Lo preceptuado en el artículo 506 LEC, prohibitivo de que se admitan después de la demanda y contestación otros documentos que aquellos que se hallen en alguno de los casos que el mismo enumera, afecta tan sólo a los que deben acompañarse con dichos escritos, por concernir al fondo del pleito, y no alcanza ni es aplicable a los documentos que tienen por objeto acreditar el carácter o representación con que los litigantes comparecen en juicio. [S. de 7 de febrero de 1970; no ha lugar.]

49. DOCTRINA ÚNICA: *Una sola sentencia no constituye doctrina legal, según reiteradamente tiene declarado este Supremo Tribunal.* [S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]

50. RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIBILIDAD POR RAZÓN DE CUANTÍA: *Conforme al número 1 del artículo 1.694 de la LEC, modificada por Ley de 23 julio 1966, no procede el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal contra las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales en los juicios de menor cuantía, salvo que ésta exceda de 300.000 pesetas, y si el contenido económico del pleito se fijó en 250.000, sin que el otro litigante, que aceptó el trámite del juicio, se opusiera, el recurso está comprendido entre las causas de inadmisión que, en fase de decisión, lo son de desestimación.* [S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]

51. RECURSO DE CASACIÓN: RIGOR FORMAL: *Al formalizar el recurso precisa señalar el número del artículo de la Ley procesal en que se le considere comprendido, y deben expresarse en párrafos separados los fundamentos cuando éstos fueron dos o más.*

INCONGRUENCIA: *La falta de congruencia sólo podría denunciarse conforme al número 2.º del artículo 1.692 de la LEC y alegando la infracción del artículo 359 LEC.* [S. de 30 de mayo de 1970; no ha lugar.]

52. CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FORMALISMO: *Para que prospere el recurso por quebrantamiento de forma, no basta citar el número del artículo 1.693 en que se apoye, sino que es preciso señalar, además, el precepto legal infringido en cada motivo del recurso.* [S. de 3 de marzo de 1970; no ha lugar.]

53. CASACIÓN: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO POR FALTA DE PRECISIÓN: *Constituye defecto procesal la formulación de un recurso por incompetencia de jurisdicción sin citar precepto legal alguno que le sirva de soporte.* [S. de 3 de julio de 1970; no ha lugar.]

54. RECURSO DE CASACIÓN: EXIGENCIA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *No puede admitirse, por falta de claridad y precisión, un recurso en que, conjunta e in-*

discriminadamente, se invocan la interpretación errónea de una norma y la contradicción entre lo dispuesto en la sentencia y en los resultados, en ejecución de la misma, en la decisión impugnada. [S. de 22 de junio de 1970; no ha lugar.]

55. CASACIÓN: SEPARACIÓN DE CONCEPTOS DE INFRACCIÓN: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación el hecho de mezclar dos conceptos distintos de infracción en un sólo motivo. [S. de 3 de octubre de 1970; no ha lugar.]*

56. CASACIÓN: PRESUNCIONES: *Según reiterada jurisprudencia, en el caso de que al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la LEC se alegue la violación de lo dispuesto en el artículo 1.253 C. c. en cuanto a presunciones, lo que se combate no es el hecho de que parte la deducción, que sólo podría hacerse por el cauce del núm. 7 del mismo artículo, sino el nexo lógico que une el hecho afirmado con la verdad reducida, y esto sólo podrá impugnarse en casación cuando la deducción obtenida en la instancia sea absurda o desproporcionada. [S. de 5 de junio de 1970; no ha lugar.]*

57. RECURSO DE CASACIÓN: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA NO ALEGADA EN EL JUICIO: *No puede prosperar un recurso de casación basado en ser el fallo contrario a la cosa juzgada, si no se alegó en el juicio la excepción de cosa juzgada.*

CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE DECLARACIONES FÁCTICAS DEDUCIDAS DEL CONJUNTO DE LA PRUEBA: *Al ser las declaraciones fácticas combatidas, resultado de la apreciación conjunta de los medios probatorios, no pueden ser atacadas por la invocación de documentos, olvidando el resultado de las demás pruebas practicadas. [S. de 18 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

58. CUESTIONES NUEVAS EN CASACIÓN: *No tiene encaje en casación una excepción de falta de personalidad no alegada en la instancia. [S. de 26 de septiembre de 1970; no ha lugar.]*

59. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN CASACIÓN Y EN INJUSTICIA NOTORIA: *La interpretación de los contratos, como facultad privativa de los Tribunales de instancia, puede ser examinada y modificada, tanto en casación como en el también recurso extraordinario de injusticia notoria, cuando, utilizándose el cauce procesal adecuado, se demuestra la equivocación del juzgador en cualquiera de las dos fases de la interpretación, esto es, o al fijar los elementos que determinen la voluntad declarada o al precisar el sentido y alcance de esa declaración, aplicando las reglas de la hermenéutica contractual. [S. de 4 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

60. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN CASACIÓN: *Conforme a constante jurisprudencia de la Sala I, la interpretación de los contratos es, en principio, facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo cuando se evidencia por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la LEC, que infringe notoriamente alguna de las normas*

legales de hermenéutica contractual, interpretación que, por lo mismo, y siempre que sea racional ha de aceptarse en casación aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud. [S. de 10 de marzo de 1970; no ha lugar.]

En esta Sentencia se hacen abundantes referencias a sentencias de la propia Sala sobre distinción entre arriendo de industria y de local de negocio.

61. CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DADA POR LA SALA A UN DECRETO DE CONCESIÓN DE MERCED NOBILIRIA: *Las vías hábiles para realizar tal impugnación son o la del número 7.º del artículo 1.692 LEC para combatir los hechos afirmados por la Sala sentenciadora y en los que ésta apoya su interpretación, o la del número 1.º del mismo artículo, denunciando en él la infracción de alguna norma hermenéutica de las contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del C. c., para atacar las apreciaciones de carácter jurídico en virtud de los cuales el Tribunal ha determinado cuál es, a su juicio, el significado y alcance de la declaración de voluntad contenida en el Decreto de concesión.* [S. de 5 de junio de 1970; no ha lugar.]

62. RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE NORMA NO APLICADA: *Si la sentencia recurrida no aplicó el precepto cuya interpretación errónea se denuncia, precepto que no es citado en la referida sentencia, es imposible que en ella se haya incidido en el vicio denunciado.* [S. de 28 de septiembre de 1970; no ha lugar.]

63. CASACIÓN: NULIDAD DE ACTUACIONES: INFRACCIÓN DE LEY: *Para que pudieran haberse cometido las violaciones denunciadas del artículo 4 del C. c. sería preciso que el recurrente hubiese demostrado que se había infringido algún precepto sustantivo cuya vulneración viniera sancionado con la propia Ley con la pena de nulidad; la violación de normas procesales no puede servir de apoyo a un recurso de casación por infracción de ley.*

CASACIÓN: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *No puede estimarse el recurso si no se cita el concepto en que se reputa cometida la infracción que se denuncia.* [S. de 11 de mayo de 1970; no ha lugar.]

64. CASACIÓN EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: *Las causas señaladas en el artículo 1.695 de la LEC son las únicas excepciones a la regla general de irrecurribilidad, en casación, de las resoluciones de las Audiencias en materia de ejecución de sentencias, por lo que carece de virtualidad el recurso de casación dirigido a interesar que se declare mal admitida la apelación contra el Auto dictado por el Juez de 1.ª Instancia. No procede estimar el recurso de casación si lo alegado no es, en realidad, una contradicción entre la sentencia de fondo y el auto de ejecución, sino de una impugnación de las partidas que, como debidamente acreditadas, se han tenido en cuenta en la rendición de cuentas.* [S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]

65. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ÁMBITO DE LA CAUSA 4.ª—ERROR DE HECHO—: *Cuando se atacan los hechos base de la deducción realizada por el*

órgano "a quo", ello ha de realizarse por la vía de la causa 4.ª y no de la tercera del artículo 136 LAU. La causa 4.ª de injusticia notoria requiere, no deducciones, sino contradicción evidente entre el hecho de la sentencia y el dicho de los documentos. [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]

66. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE DERECHO INVOCADO CONTRARIANDO EL PRESUPUESTO FÁCTICO: *Si al denunciar las infracciones de ley se desconoce o contraria la base fáctica de la sentencia que se recurre, apoyándose en fundamentos de orden fáctico no establecidos en dicha resolución, se incurre en el vicio de hacer supuestos de la cuestión, lo que por sí solo integra causa de desestimación.*

ALEGACIÓN DE ERROR DE HECHO: VALORACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA: *En la valoración de medios probatorios se ha de seguir, en cuanto a los no tasados, el sistema de la libre apreciación de ellos y en los sustraídos a esa libre apreciación, ha de atenerse a los pertinentes preceptos valorativos y ha de ser aceptado el resultado de la prueba establecidos por el Juzgador de instancia, salvo que se alegue error, por el cauce procesal adecuado, en la valoración de ella y se acredite debidamente.* [S. de 28 de mayo de 1970;

67. INJUSTICIA NOTORIA: CARÁCTER FORMAL DEL RECURSO: PRECISIÓN EN LA MOTIVACIÓN: *Por el carácter técnico del recurso de injusticia notoria, su formalización se ha de ajustar estrictamente a las normas que lo regulan, es decir, que en el recurso han de citarse con claridad y precisión y separadamente en cada motivo la causa en que se funda y el concepto en que se estima cometida la infracción, con cita del precepto infringido.* [S. de 31 de enero de 1970; no ha lugar.]

68. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DENOMINACIÓN: CARÁCTER: *El recurso llamado de injusticia notoria—con propiedad muy discutida—se configura en nuestro ordenamiento jurídico con gran rigor formalista, por su carácter esencialmente técnico, exigiendo, en su interposición, el cumplimiento de determinados requisitos, cuya omisión lleva implícita su desestimación.*

DEFECTO FORMAL: IMPUGNACIÓN DE YERROS PROCESALES: *La supuesta infracción de normas procesales como las relativas al tipo de procedimiento a utilizar, tienen su cauce adecuado en el número 2.º del artículo 136 de la LAU, y no en el número tercero previsto para infracción de normas legales sustantivas.*

ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Debe invocarse por la vía de la causa cuarta y no de la 3.ª del artículo 136 de la LAU.* [S. de 5 de octubre de 1970; no ha lugar.]

69. RESCISIÓN DE SENTENCIAS EN REBELDÍA: DESCONOCIMIENTO POR EL DEMANDADO DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO: *Si el demandado rebelde no justifica su alejamiento de los lugares a que alude el artículo 777 de la LEC durante el periodo requerido al efecto, o si, pese a su justificación, tuvo oportunamente conocimiento de la iniciación o sustanciación del litigio, tales circunstancias*

acarrean la ineficacia de la acción impugnatoria de la sentencia dictada en rebeldía. [S. de 24 de septiembre de 1970; no ha lugar.]

70. IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN DICTADA EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *No puede estimarse el recurso si en el Auto recurrido no se resuelve punto esencial no controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia y si en el mismo no se advierte contradicción con la sentencia de cuya ejecución se trata.* [S. de 10 de junio de 1970; no ha lugar.]

71. TASACIÓN DE COSTAS: PARTIDA CORRESPONDIENTE A ACTUACIÓN INEXISTENTE: *Es indebida la partida referente a "instrucción" si no tuvo lugar el trámite de instrucción por haber sido denegada la admisión del recurso de casación por infracción de ley.* [S. de 6 de julio de 1970; ha lugar.]

72. CONDENA EN COSTAS: LEGITIMACIÓN PARA EL COBRO DE COSTAS EN QUE SE COMPRENDEN LOS HONORARIOS DEL LETRADO YA FALLECIDO: *En el caso de que durante la tramitación de un asunto fallezca el letrado que dirigió el mismo, llegado el trance de la tasación de costas, en defecto de previsión expresa de la Ley hay que llegar a las conclusiones siguientes: No se altera la situación jurídica de ninguna de las partes, pues el condenado al pago ha de abonarlas y la tasación de las mismas ha de ser percibida por el ganador del pleito, el que está legitimado para cobrarlas, aunque con su importe deba pagar los honorarios a los familiares del letrado fallecido; los herederos de éste carecen de acción para pedir el importe de las costas, y sólo pueden percibir el importe de las mismas, reclamado por la parte ganadora del pleito; supuesta la obligación de pagar a la parte ganadora del pleito surge la obligación de hacer entrega a la familia del letrado de la cantidad satisfecha, pero esto es cuestión distinta que supondría el ejercicio de acciones diferentes: respecto a la determinación de quién ha de regular la minuta es práctica corriente que sea el Abogado mismo que siga el pleito quien la efectúa, siguiendo, por analogía, el criterio del artículo 423 de la LEC, pues él es quien tiene noticia exacta del esfuerzo hecho por el abogado fallecido.* [S. de 10 de octubre de 1970; ha lugar.]

IX. Colaboración de José POVEDA DIAZ

1. RECURSO DE CASACION: ÁMBITO: *Escapa al recurso de casación el "reparto de negocios" entre los juzgados, pues no afecta al ámbito de la jurisdicción ni al de la competencia.* [S. 31 de marzo de 1970; no ha lugar.]

2. HEREDAMIENTO FORAL CATALÁN: ENAJENACIÓN CONTRATIA SIMULADA: *El heredamiento foral catalán es una institución que, teniendo por finalidad primordial, el mantenimiento indiviso del patrimonio familiar, implica para el "heredante" unas determinadas limitaciones en su facultad dispositiva. En el caso de esta sentencia, habiéndose reservado los heredantes la facultad de enajenar los bienes a título oneroso, es nula la pretendida venta de di-*

chos bienes que *disimula una verdadera donación, que va en contra de lo establecido en el heredamiento.* [S. de 1 de julio de 1970; no ha lugar.]

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *Para que prospere la acción reivindicatoria son necesarios los siguientes requisitos: justo título de dominio del demandante, que éste acredite la identidad de la cosa, y que la misma sea poseída por el demandado. Siendo la cuestión del pleito si una porción del terreno pertenece a una finca u otra, y no habiendo acudido el actor al deslinde oportuno, ni identificado la finca, no puede prosperar la acción reivindicatoria.* [S. de 17 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

4. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: NORMAS DEL CODIGO CIVIL: *No son aplicables para interpretar una inscripción registral.*

DESLINDE DE MONTES: *El deslinde y consiguiente inclusión en el Catalogo de un monte, es un acto exclusivamente administrativo. Por otra parte, dicho deslinde que, según la Ley de Montes, declara con carácter definitivo el estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio declarativo de la propiedad, no puede quedar desvirtuado si la sentencia declara no probada la propiedad del monte.*

ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DESLINDE: REQUISITOS: *Si no se prueba la identidad de la cosa, ni el reivindicante prueba que tenga el dominio u otro derecho real sobre la finca, no puede prosperar ni la acción reivindicatoria, que se concede al dueño, ni la de deslinde, que se concede al titular de cualquier derecho real sobre la finca.*

RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *No puede existir incongruencia en una sentencia absolutoria.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No puede prosperar la alegación de error de hecho si, por una parte, se apoya dicha afirmación en documentos que no tienen carácter auténtico, y por otra, la Sala sentenciadora ha apreciado el valor de los documentos en conjunto con las demás pruebas practicadas.*

RECURSO DE CASACIÓN: FALTA DE CLARIDAD: *No cumple el requisito de precisión y claridad el recurso que no indica cuál de los párrafos de un precepto se considera infringido.* [S. de 20 de mayo de 1970; no ha lugar.]

5. ACCIÓN DE DESLINDE: *La acción de deslinde tiende a la individualización de la cosa mediante la fijación de los correspondientes límites materiales, por lo que presupone la inconcreción de la finca, y ha de preceder a la acción reivindicatoria.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIDAD DE LA COSA: *La identificación de una finca rústica implica, más que la determinación de su cabida, la concreción de su situación y linderos. Basta para dicha identificación la aportación de*

una certificación registral que, como documento público que es, prueba la inscripción de una finca en el Registro, y que dicha finca es una determinada parcela catastral. [S. de 31 de enero de 1970; ha lugar.]

6. **COMPETENCIA: PROPIEDAD HORIZONTAL:** *Corresponde conocer de la reclamación de la Comunidad de Propietarios a uno de los dueños, de las cantidades que debía pagar éste como su parte en los gastos de comunidad, al Juzgado competente en el lugar donde esté situada la finca, ya que éste es el lugar de cumplimiento de la obligación, como se desprende de la norma 5.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.* [S. de 1 de julio de 1970; cuestión de competencia.]

7. **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:** *No infringe las normas del Código civil sobre interpretación de los contratos el Tribunal que, dejando de lado el contenido de determinados documentos, por estimar que no se contiene en ellos toda la verdad del caso, se basa en la prueba de presunciones para llegar a sus conclusiones.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *Se puede utilizar, no obstante su carácter supletorio, cuando el dato procesal esencial no se pueda acreditar por medios probatorios directos, y está bien empleada si, basándose en hechos ciertos no combatidos por las partes, deduce unas conclusiones lógicas, racionales y verosímiles.* [S. de 17 de junio de 1970; no ha lugar.]

X. Colaboración de Ricardo RUIZ SERRAMALERA

1. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES:** *Existe causa de resolución del contrato de arrendamiento cuando se demuestra por la prueba practicada que el local ha estado cerrado durante un periodo de tiempo superior al establecido en el número 3.º del artículo 62 de la LAU, aunque de forma muy accesoria, y por periodos inferiores a seis meses en el curso de un año, hubiera estado dedicado a servir de oficina a una Sindicatura de Quiebra.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CAUCE LEGAL: *El hecho, dado por probado, que un local ha permanecido cerrado por más de seis meses, sólo puede combatirse invocando la causa 4.º del artículo 136 de la LAU, a fin de demostrar el manifiesto error del juzgador en la apreciación de la prueba, mediante la pericial o documental obrantes en autos.*

CUESTIÓN NUEVA: *Al no haber opuesto el demandado en la instancia la existencia de justa causa para el cierre del local, su alegación en el recurso constituye una cuestión nueva, carente, por tanto, de virtualidad en este momento.* [S. de 2 de octubre de 1970; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TALLER MECÁNICO DE RADIADORES: CIERRE DEL LOCAL: *Aunque el local arrendado sea para taller mecánico de radiadores, ello no supone la realización de una actividad sin contacto con el exterior, sobre todo si existe una apreciación de hecho contraria, según la cual el taller era un establecimiento abierto al público, que gozaba de la correspondiente clientela.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INADMISIBILIDAD: *Cuando en los motivos no se expresa el concepto por el cual se estiman cometidas las infracciones de los preceptos que se citan, con olvido de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 136 de la LAU, existe un defecto constitutivo de una causa de inadmisión, que en este trámite actúa como de desestimación. [S. de 22 de junio de 1970; no ha lugar.]*

3. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: DESOCUPACIÓN O INACTIVIDAD: *La falta de actividad, ya se trate de local abierto o cerrado al público, entraña causa de resolución del contrato, por falta de comunicación con el público en el primer caso, y por falta de uso en su natural destino en el segundo, que equivale al cierre, pues, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el local ha de usarse a su adecuado fin, y cuando esto no se cumple, cuando está sin el uso pactado, cuando el local está abandonado de uso, procede la resolución del contrato, pues el texto legal se refiere a que se ponga de relieve el cese del negocio, mostrado por esa inactividad, en el tiempo que fija.*

DESOCUPACIÓN DEL LOCAL: HECHOS QUE LO ACREDITAN: *Se entiende que ha habido desocupación cuando por apreciación conjunta de la prueba practicada se llega a la conclusión de que la actividad industrial y mercantil cesó, además de por las razones del Juzgado, por la falta de consumo de energía eléctrica durante un año, por la falta de consumo de agua durante el mismo período y por la carencia de actividad comprobada por un Notario en determinada fecha.*

LOCAL NO ABIERTO AL PÚBLICO: INACTIVIDAD: *Aunque el local no tuviera que estar abierto al público, no puede dejar de tener actividad, pues su falta equivale al cierre, por lo que en estos casos no es preciso apreciar la comunicación con el público, pues, de todos modos, no puede dejar de usarse al fin pactado.*

JUSTA CAUSA DE CIERRE DEL LOCAL DE NEGOCIO: *No puede aceptarse como justa causa para el cierre la demolición, para reconstrucción posterior, de un horno, cuando el propio arrendatario alegó, con fuerza vinculante para él y para el Tribunal, que tal demolición se inició cuando ya, según los hechos declarados probados, habían transcurrido más de seis meses de falta de uso del local.*

CUESTIÓN FÁCTICA: HECHOS ADMITIDOS Y NO ATACADOS: *Se imponen respetar los hechos sentados por la sentencia recurrida, cuando no han sido atacados*

en el recurso, ni por error de hecho, citando documentos o pericias que los contradigan, ni por error de derecho, con cita de los preceptos de valoración de prueba que se reputaran infringidos. [S. de 27 de mayo de 1970; no ha lugar.]

4. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO PARA EL ALMACENAMIENTO, MADURACIÓN Y VENTA AL POR MAYOR DE PLÁTANOS: NATURALEZA DEL CONTRATO: *Si el contrato que liga a las partes no supone un arrendamiento típico de local de negocio, que se haya de ejercer en establecimiento abierto al público, ni un mero arriendo de almacén o depósito, en los que no se ejerza ninguna actividad ajena a la guarda y custodia de mercaderías, ello implica una clase o especie intermedia de arriendo, ya reconocida, con reiteración, por la doctrina emanada del Tribunal Supremo.*

DENEGACIÓN DE LA PRÓRROGA POR DESOCUPACIÓN DEL LOCAL: *Si, como ocurre en el local objeto del pleito, en que estuvo instalada y funcionó la maquinaria adecuada para facilitar el proceso de maduración de la mercancía almacenada, para ser vendida una vez lograda esa finalidad, sin que, por lo menos desde más de dos años atrás, se ejerza ninguna de estas actividades, hallándose la maquinaria inservible, no almacenándose mercancía alguna y encontrándose el local en estado revelador de absoluto abandono, salvo alguna presencia esporádica del arrendatario del mismo para utilizar el teléfono, es indudable que se dan los presupuestos fácticos y jurídicos necesarios para la aplicación de las disposiciones legales relativas a la denegación de la prórroga que establece la LAU.*

DESOCUPACIÓN: *No son pruebas suficientes para demostrar la ocupación del local la aportación de los recibos de la Compañía Telefónica indicativos de la utilización de este servicio, ni las certificaciones de la Oficina postal correspondiente, según las cuales se sigue recibiendo correspondencia en el local arrendado.*

VALOR CONJUNTO DE LA PRUEBA: *Al recurrente no le es lícito pretender que el significado de alguna o algunas pruebas se erijan, sin razón alguna para ello, en concluyente y decisivo, frente a los demás medios acreditativos que tomó en consideración el Tribunal, en uso de sus facultades privativas, para fijar el elemento fáctico del proceso.*

ABUSO DE DERECHO: *Los documentos que acreditan las gestiones iniciadas por la propiedad del inmueble para su demolición y reedificación no demuestran por sí mismos la existencia del posible abuso de derecho que se pretende, lo que hace estéril el eventual efecto de poder aplicarse la norma contenida en el artículo 9 de la vigente Ley especial de arrendamientos.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El cauce establecido en el número 4.º del artículo 136 de la Ley arrendaticia no implica la posibilidad de una total revisión de la prueba, como si se tratase de una tercera de instancia, ni aun de analizarla, para venir en*

conocimiento del mayor o menor acierto con que el Tribunal de instancia fijó el resultado probatorio que había de ser tenido en cuenta al pronunciarse el fallo decisorio del litigio, ya que tal resultado probatorio ha de ser respetado en principio y sólo se permite la denuncia del error padecido y que podrá apreciarse, a través de este recurso extraordinario, con dos limitaciones: una de "fondo": que el error se muestre "manifiesto", o lo que es lo mismo, de una manera patente, notoria o indubitada; y otra de "forma", consistente en que el error se ponga de relieve por medio de la prueba documental o pericial obrante en autos, si el resultado evidente de éstas choca, por simple comparación, con lo afirmado o negado, al respecto, por la Sala sentenciadora. [S. de 30 de abril de 1970; no ha lugar.]

5. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: COLOCACIÓN DE APLACADOS DE ESCAYOLA: *Las obras consistentes en bajar los techos mediante la colocación de aplacados de escayola supone alteración de la configuración del local, y por ello comprendida en la causa 7.ª de resolución del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS: *No puede ser admitido un documento para acreditar el manifiesto error en la apreciación de la prueba, cuando hace referencia a obras distintas de las que se discuten y que quedan, por tanto, fuera del ámbito del recurso.* [S. de 12 de mayo de 1970; no ha lugar.]

6. ARRENDAMIENTO URBANO (DE VIVIENDA): OBRAS INCONSENTIDAS: PRUEBA: *El plano confeccionado extrajudicialmente por un arquitecto no es prueba documental ni pericial para demostrar que la obra no existía cuando se celebró el contrato de arrendamiento, a efectos de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU.*

OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: NECESIDAD DE SER REALIZADAS POR EL ARRENDATARIO: *Cuando no se ha probado que la obra ha sido realizada por el inquilino, que es el presupuesto de hecho constitutivo de la acción resolutoria, resulta intrascendente que tal obra modifique o no la configuración del inmueble.* [S. de 25 de mayo de 1970; no ha lugar.]

7. ARRENDAMIENTO URBANO: PISO DEDICADO A PENSIÓN: VARIACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONCEPTO: *La conocida, por lo reiterada, doctrina del Tribunal Supremo tiene establecido que la variación de la configuración es algo circunstancial y contingente, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso para determinar si ha llegado a producirse o no; que por obra, en sentido legal, lo que cuenta es el resultado y no el procedimiento seguido para obtenerlo; y, finalmente, que la determinación de ese resultado exige un juicio comparativo entre la configuración anterior y posterior a la realización de las obras.*

VARIACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: LEVANTAMIENTO DE UN TABIQUE PARA REPARAR UNA PUERTA: *Refiriéndose a la alegación de la demandada en orden a que el levantamiento de un tabique que ocluyó un vano donde existía una puerta,*

que fue repuesta a los cinco días, previa demolición del tabique, no tuvo más objeto que tapar el hueco mientras se procedía a la reparación de la puerta y marco desmontados, la sentencia recurrida declara "y aun cuando el desmontaje y arreglo de tales piezas obedeció a la necesidad de que sirviesen para cumplir su destino", es decir, que implícitamente la propia resolución combatida admite y reconoce que la retirada de la puerta y marco no fue definitiva, sino provisional o pasajera, sólo mientras se llevaba a cabo su necesaria reparación, no obstante lo cual la Sala de instancia estima que el levantamiento de una obra de fábrica para ocluir el aludido hueco o vano es de suyo bastante para aceptar la alegada causa de resolución 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque altera la configuración del local de negocio arrendado ... pero en este caso la modificación de la configuración no se ha producido, porque el resultado perseguido y obtenido con la realización de la obra ha sido que el marco y puerta, una vez reparados, cumplieran de nuevo su destino mediante su colocación en el sitio que antes ocuparon, y el levantamiento del tabique no ha sido sino el procedimiento utilizado para tapar el hueco o vano que aquéllos dejaron al ser desmontados, interin se procedía a su necesaria reparación, procedimiento que, por lo demás, no puede calificarse de absurdo o ilógico si se considera que la puerta de que se trata es una de las dos con que cuenta la alcoba de la demandada, cuya intimidad y seguridad habían de quedar eficazmente salvaguardadas mientras faltasen aquellos elementos o piezas, y que el negocio que se explota en el local es el de pensión o casa de huéspedes, con la consiguiente utilización del mismo por personas extrañas a la arrendataria. [S. de 4 de junio de 1970; ha lugar.]

8. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: *Afectan a la configuración de la cosa arrendada no sólo las obras de apertura o cierre de huecos en la estructura del edificio, sino, por la misma razón, las de ampliación por conveniencia y unilateral voluntad del arrendatario de los dichos accesos o puertas de comunicación, según la Sentencia de 3 de junio de 1959.*

OBRAS REALIZADAS POR UN TERCERO: POSESIÓN DE LA FINCA: *Aun en el caso de que un tercero hubiere ordenado o ejecutado unas obras, ellas no hubieran podido llevarse a efecto sin el consentimiento expreso o tácito del arrendatario, que, por tal carácter, se halla investido de la posesión de la finca (en la parte que le corresponda), y por lo tanto, y de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de febrero de 1962, entre otras), hay que estimarle responsable de la ejecución de aquéllas.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *El recurso se formaliza contra la Sentencia dictada por la Sala de la Audiencia y no contra la revocada por ella.* [S. de 18 de junio de 1970; no ha lugar.]

9. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: *Cuando se trata de resolver el arriendo por realización de obras inconsentidas, hay que alegar de qué forma se atentó a la configuración del local.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: NATURALEZA: *No se puede convertir el recurso extraordinario de injusticia notoria en una especie de tercera instancia.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE DERECHO: *No puede ser admitido el recurso al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU cuando no se ha denunciado concretamente que el Tribunal "a quo" haya incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas, supuesto encuadrable en la expresada causa, máxime cuando la parte recurrente viene a involucrar en el desenvolvimiento del motivo la "questio facti" con la "questio juris", aunque para sostener un error "in iudicando" no llegue a acusar formalmente la infracción de la causa de resolución 7.ª del artículo 114 de la antes citada Ley, por obras in consentidas, precepto invocado en la demanda como base de la misma, pero cuya vulneración no se denuncia en el recurso, el que más bien se refiere a la base fáctica.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para combatir la existencia de los hechos, cosa diferente a su valoración jurídica, no se puede recurrir a un cauce procesal manifiestamente inadecuado, cual es la causa 3.ª del artículo 136 de la LAU, cuando la vía procesal utilizabile a tal fin es la causa 4.ª del mismo precepto legal.*

VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Es de todo punto inadmisibile en la apreciación de las pruebas, incluyendo la de testigos, reemplazar la estimación hecha por el Tribunal juzgador de instancia por el particular criterio del recurrente. [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]*

10. OBRAS INCONSENTIDAS: MODIFICACIÓN DE LA TECHUMBRE: *Se hace indudable que cuando por parte arrendataria se llevan a cabo obras de demantelamiento del local, con reconstrucción total de la techumbre y sustitución de la teja curva del país por planchas de uralita, alterando el espesor del tejado, y se hacen desaparecer los huecos que existian en la buhardilla, asi como la ventana sobre la vertiente posterior del tejado, no puede negarse que ello ha producido un cambio en la configuración del local arrendado ... ya que las obras enunciadas anteriormente no pueden incluirse en el concepto de meras reparaciones, sino que constituyen reconstrucciones de elementos de la finca que habian desaparecido.*

OBRAS INCONSENTIDAS: RECONSTRUCCIÓN DEL LOCAL: *El simple hecho de reconstruir el local, dejando el inmueble en la disposición que tenia antes de realizarse las obras, no exime, en modo alguno, la sanción que la ley impone a una ejecución de obras sin autorización o consentimiento de la propiedad.*

ABUSO DE DERECHO: *Es improcedente aplicar el abuso de derecho cuando el arrendador se limita a ejercitar la acción encaminada a la defensa y restablecimiento de un estado legal que ha sido perturbado por el arrendatario al realizar unas obras que en ningún momento fueron autorizadas por el dueño. [S. de 4 de julio de 1970; no ha lugar.]*

11. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS PARA LA PUESTA EN MARCHA: *Es reiterada doctrina del T. S. que todo contrato de arrendamiento lleva implícita la autorización para realizar, al tiempo de la instalación o puesta en marcha del negocio, las obras necesarias para adaptar el local al destino pactado.*

ERROR DE HECHO: *Cuando el motivo del recurso, articulado por el cauce de la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU, se contrae a impugnar la declaración que contiene la Sentencia recurrida en orden a que las obras realizadas por el arrendatario no exceden de las precisas para adecuar el local al fin para el que fue arrendado, es necesario que de las probanzas que al efecto se invocan se desprenda que las mencionadas obras exceden de las precisas a tal fin, cual tendría que acontecer para que el error de hecho que se denuncia pudiera ser acogido.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INADMISIBILIDAD: *Cuando no se expresa el concepto de la infracción, esto es, si lo ha sido por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, existe un vicio formal, que es causa de inadmisión, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 135, en relación con el 138, ambos de la LAU. [S. de 3 de julio de 1970; no ha lugar.]*

12. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO (BODEGA): OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: INSTALACIÓN DE UNA COCINA: *No constituye causa de resolución del contrato de arrendamiento la instalación de una cocina metálica, de gas, transportable, que por su propia naturaleza no requiere ninguna clase de obras ni se fija en la pared.*

OBRAS INCONSENTIDAS: TECHO DE URALITA: *Tampoco es causa de resolución la colocación de una plancha de uralita que cubre en parte el patio de luces de la casa, cuando descansa, simplemente, sobre una antigua viga y paredes existentes, sin que se haya realizado obra de clase alguna.*

ACTIVIDADES INMORALES, PELIGROSAS O INCÓMODAS: INSTALACIÓN DE UN NEGOCIO DE BODEGA: *Debe ser rechazado el motivo cuando la sentencia recurrida declara, sin impugnación eficaz en el recurso que la existencia de algún humo y olores es meramente ocasional o inherente a toda convivencia en edificio donde vive un gran número de familias, y que las voces y alborotos de los clientes del establecimiento es igualmente ocasional y consecuencia directa de la naturaleza del negocio para cuya explotación fue arrendado, sentado lo cual, es llano que tales hechos no revisten la entidad suficiente para poder estimar que en el mismo tengan lugar actividades que de modo notorio resulten inmorales, peligrosas, insalubres o incómodas, que es el supuesto legal determinante de la resolución del contrato de arrendamiento.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: ERROR DE DERECHO: *Cuando la prueba se ha apreciado en su conjunto, no le es lícito al recurrente separar alguno de sus*

elementos para, con apoyo en él, acusar al Juzgador de haber incidido en equivocación.

ERROR DE HECHO: REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA: *El motivo fundado en error de hecho debe ser rechazado cuando las probanzas invocadas no ponen de manifiesto, esto es, de modo patente y claro, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos ni deducciones, lo contrario de lo afirmado en la sentencia combatida. [S. de 28 de septiembre de 1970; no ha lugar.]*

13. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es función privativa del Tribunal de instancia y ha de ser respetado en el recurso, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto que se interpreta, con deducciones atentatorias a su letra y espíritu, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo.*

OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: *Las simples obras de pintura, pavimentación o decoración no afectan en absoluto a la configuración del local.*

VALOR CONJUNTO DE LA PRUEBA: *Cuando la Sala ha apreciado el valor de un documento conjuntamente con los demás, no es lícito al recurrente desarticularle, dándole una fuerza preponderante.*

ERROR DE HECHO: *Cuando el recurso se funde en el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, se precisa que el contenido del documento señalado acredite por sí solo la equivocación de la afirmación contenida en la sentencia que se recurre, de tal modo que ello se revele de forma directa y sin necesidad de relacionarlo con ninguna otra prueba.*

CONGRUENCIA: *Es obvio que sólo el fallo, en cuanto único acto judicial emitido, es el que ha de ser congruente con el rogado o pedido y probado por una y otra parte. [S. de 23 de junio de 1970; no ha lugar.]*

14. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: PRESUNCIONES: *Entre los hechos de los que se pretenden deducirse las presunciones y las consecuencias que traten de extraerse de los mismos tiene que haber un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*

PRUEBA: ERROR DE DERECHO: *Los artículos 1.249, 1.253, 1.281 y 1.282 del Código civil no contienen normas sobre valoración de la prueba, como sería menester para que, de haber sido infringidos, hubiese incidido la Sala sentenciadora en error de derecho en la apreciación de las probanzas.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INADMISIBILIDAD: *Existe un defecto procesal en la interposición del recurso cuando se amontonan, dentro del mismo motivo, el tratamiento de cuestiones en sí diversas e independientes.*

CONFORMIDAD EN EL FALLO: *Para determinar si existe plena conformidad de la sentencia de segunda instancia con la de primer grado hay que atenerse exclusivamente al fallo o parte dispositiva de ambas.*

IMPOSICIÓN DE COSTAS: *Procede la condena al pago de todas las costas causadas cuando ha existido notoria temeridad al interponer el recurso.* [S. de 26 de junio de 1970; no ha lugar.]

15. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *La naturaleza jurídica de los contratos no se determina por la calificación de las partes, sino por lo que en realidad constituye su contenido.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La intención de los contratantes debe prevalecer sobre las palabras utilizadas en el contrato, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.281 del Código civil.*

ERROR DE HECHO: *Para que prospere la alegación del error en la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia, debe resultar del estudio de los documentos aducidos, no debiéndose tomar en cuenta cuando no se desprendan por sí mismo y sin necesidad de ser interpretados o relacionados con otros.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No puede ser sustentado un motivo en la causa 4.ª del artículo 136 de la LAU cuando se combate más que la apreciación de la prueba la calificación jurídica del contrato.* [S. de 26 de junio de 1970; no ha lugar.]

16. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para poder ser acogido el motivo del recurso, amparado en el ordinal 4 del artículo 136 de la LAU, por manifiesto error en la apreciación de la prueba, es preciso que se determine con la concreción indispensable en qué consiste el error de hecho que se atribuye a la sentencia, es decir, cuál es la afirmación o negación que se dice contradicha por los documentos invocados para acreditarlo.* [S. de 6 de julio de 1970; no ha lugar.]

17. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DE LOS TRIBUNALES: *La actividad de los Tribunales tiene una finalidad práctica de defensa de intereses jurídicamente protegidos, y no puede convertirse en un juego de pura especulación doctrinal, planteándose hipótesis marginales, en cuya virtud, dentro de nuestro sistema procesal civil de jurisdicción rogada, un deber de congruencia obliga a sujetarse a los hechos constitutivos de la acción y a los que se oponen como impeditivos.* [S. de 30 de abril de 1970; no ha lugar.]

18. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Cuando se agrupan en un solo motivo la cuestión de hecho con la cuestión jurídica, se quebranta la regla que establece el artículo 136 de la LAU, en relación con el 1.720 LEC.*

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA: PRESUNCIONES: *Es un hecho indudable que no es obligatorio para los Tribunales hacer uso de la prueba de presunciones cuando se estime suficiente, para la formación de su criterio, la apreciación de los medios de prueba por la vía directa.* [S. de 4 de junio de 1970; no ha lugar.]

XI. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ

1. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CAUSA: DOLO: EXISTENCIA: *Cuando el arrendatario procede voluntaria y conscientemente a infringir abiertamente no sólo un precepto legal, sino todo un sistema que establece las garantías de respeto a los derechos del propietario, que resultan de la propia naturaleza de este tipo de contratos, su conducta ha de reputarse dolosa porque ha previsto las consecuencias de sus actos antijurídicos realizados con un propósito deliberado, que es lo que diferencia de la culpa o negligencia; y como el artículo 114, causa séptima, lo que castiga es esta causalidad dolosa y no la entidad o cuantía del daño, ni la finalidad primordial de dañar, que es lo que podría configurar el dolo penal, la sentencia que así lo declara se ajusta a la tesis correcta.* [S. de 22 de noviembre de 1969; no ha lugar.]

2. OBRAS: CONSERVACIÓN: INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN: *Es improcedente exigir del propietario arrendador el cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 107 LAU, respecto de un local cuya pérdida técnica se ha producido.* [S. de 20 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

3. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: EXCEPCIÓN DE "LITIS PENDENCIA": APELACIÓN: *No puede alegarse la prosperabilidad de la excepción de "litis pendencia" en un asunto judicial cuando lo que se dice que está en trámite, a instancias del recurrente como titular de una concesión minera, es un expediente de expropiación forzosa, cuya resolución, sea cual sea, en nada puede incidir con la resolución o no de la relación arrendaticia, que es lo que se trata en el recurso.* [S. de 31 de diciembre de 1969; no ha lugar.]

4. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: EXISTENCIA: PRUEBA: *Los documentos invocados en el motivo primero demostrarían que el pago de ciertos servicios, artículos y suministros propios del giro y tráfico de la pequeña empresa mercantil que tiene su sede en el local de autos, no fue realizado por X X, pero no acreditan de modo manifiesto, cual exige la Ley de Arrendamientos Urbanos, que dicho señor no sea el arrendatario de ese local, antes bien, la circunstancia de que éste venga siendo objeto de uso por una persona distinta del X X, en virtud de cesión, subarriendo o traspaso, explica satisfactoriamente aquel hecho y su perfecta compatibilidad con la calidad de locatario concurrente en el referido demanda.* [S. de 17 de enero de 1970; no ha lugar.]

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: EXISTENCIA: *La Ley de Arrendamientos Urbanos otorga los beneficios de prórroga forzosa a los locales destinados a escritorios y oficinas, única y precisamente "cuando el arrendatario se valga de ellos para ejercer actividad de comercio, industria o enseñanza con fines lucrativos", y no cuando en el local se desarrollan actividades no precisadas, en distintas fechas cada mes, no compatibles con la habitualidad de la función definidora de la condición de comerciante, ni con la regularidad de horario y jornada típicas del trabajo burocrático propios de cualquier oficina.* [S. de 23 de febrero de 1970; ha lugar.]

6. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR: *El error invocable al respecto tiene que ser manifiesto y acreditado por la prueba documental o pericial que obra en autos, conforme al texto del propio precepto legal, de modo que de la simple lectura de tales elementos probatorios, sin recurrir a interpretaciones, deducciones e hipótesis, resulte patente y claro lo contrario de las afirmaciones contenidas en la sentencia que se impugna, es decir, una contradicción indudable entre el hecho sentado por el Tribunal "a quo" y lo afirmado por los documentos que se utilizan para contrastar esa clase de error, siempre que estos tengan una fuerza probatoria irrefutable en cuanto a la veracidad intrínseca de su contenido.* [S. de 13 de marzo de 1970; no ha lugar.]

7. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRUEBA: *Resulta perfectamente compatible el que no obstante figurar incluido el local en el Registro correspondiente, a nombre del arrendatario, puede estar aquél ocupado o compartido por un tercero extraño a la relación arrendaticia.* [S. de 10 de junio de 1970; no ha lugar.]

8. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CONDENA EN COSTAS: RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CESIÓN: TITULARIDAD FISCAL: *La titularidad fiscal lo único que acredita es que los impuestos se pagan a nombre del titular, pero no demuestra que éste efectivamente ejerza el comercio o industria por la que se tributa.* [S. de 30 de junio de 1970; no ha lugar.]

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.